



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DIREITO LUSO-BRASILEIRO COM
A INFLUÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: DIOGENES DE MORAES SELASCO JUNIOR

Orientador: PROFESSOR DOUTOR RUBEN BAHAMONDE DELGADO

Número do aluno: 20151879

Junho de 2020

Lisboa

RESUMO

Com o vertiginoso desenvolvimento mundial no campo da tecnologia, da ciência, dos transportes e da informática, dentre outros, especialmente, nas últimas décadas, fez com que houvesse maior aproximação entre as pessoas situadas nos mais diversos pontos deste planeta, reduzindo, desta forma, o tempo e o espaço entre os povos. Com a maior interação entre os povos, nasce a necessidade da procura de novos mercados e de novos postos de trabalho para melhor atender a qualidade de vida das pessoas.

Portanto, com o crescimento do mercado internacional, com maior agressividade, nasce, também, a possibilidade de os agentes econômicos agirem de forma anticompetitiva, introduzindo graves distorções nos mercados internos e internacionais com prejuízo a todos aqueles povos que dependem desses mercados para sua sobrevivência, sua qualidade de vida e a manutenção de seus empregos. Dessa forma, diante das dimensões assumidas, atualmente, especialmente, em mercados internacionais, não há que se pensar em prejudicar seus consumidores internacionais em prol, apenas, do aumento de riqueza, de modo abusivo, de algumas empresas ou de alguns agentes econômicos.

Diante dos fundamentos apresentados, o direito não poderia ficar alheio a tais problemáticas. Com efeito, observa-se, com frequência, a preocupação, especialmente, dos Estados Democráticos de Direito em aperfeiçoar sua legislação de defesa da concorrência, com modernos mecanismos jurídicos de sorte a protegerem os seus mercados mesmo diante de práticas anticoncorrenciais impostas por agentes econômicos no mercado em âmbito mundial.

Portanto, as principais questões que envolvem o direito da concorrência, especialmente, diante do mercado internacional serão enfrentadas nessa dissertação, tendo, como foco central, a comparação dos direitos da concorrência portuguesa e brasileira com a influência dos blocos econômicos da União Europeia e do Mercosul, respectivamente.

Diante da problemática apresentada, no último capítulo da dissertação, serão analisadas as questões práticas que estão presentes em cartéis internacionais, que é uma das condutas anticoncorrenciais mais perversas para o mercado, mas que tal análise seria, também, válida diante de quaisquer outras práticas anticoncorrenciais, especialmente, em âmbito internacional.

Palavras-Chave: Concorrência; União Europeia; Mercosul; Cartéis Internacionais

ABSTRACT

With the dizzying worldwide development in the field of technology, science, transport and informatics, among others, especially in the last decades, it has brought a closer approximation between the people located in the most diverse points of this planet, reducing, thus, time and space between peoples. With a vaster interaction between peoples, the need arises for the search for new markets and new jobs to better meet people's quality of life.

Therefore, with the growth of the international market, with greater aggressiveness, also comes the possibility of economic agents acting in an anticompetitive manner, introducing serious distortions in domestic and international markets to the detriment of all those peoples who depend on these markets for their survival, quality of life and the maintenance of their jobs. Thus, given the dimensions assumed, currently, especially in international markets, there is no how to think about harming their international consumers for only the increase in wealth, abusively, of some companies or some economic agents.

Given the pleas presented, the right could not be unaware of such problems. Indeed, there is often a concern, especially, of Democratic States of Law to improve their competition legislation, with modern legal mechanisms to protect their markets even in the face of anticompetitive practices imposed by economic agents in the international market.

Therefore, the main issues involving competition law, especially in the face of the international market, will be addressed in this dissertation, focusing centrally on the comparison of Portuguese and Brazilian competition rights with the influence of the European Union and Mercosur economic blocs, respectively.

Given the problem presented, in the last chapter of the dissertation, practical issues that are present in international cartels will be analyzed, which is one of the most perverse anticompetitive conduct for the market, but that such analysis would also be valid in the face of any other anticompetitive practices, especially international.

Keywords: Competition; European Union; Mercosur; International Cartels.

RESUMEN

Con el vertiginoso desarrollo mundial en el campo de la tecnología, de la ciência, de los transportes y la informática, entre otros, especialmente, en las últimas décadas, hubo una mayor aproximación entre las personas ubicadas en los más diversos puntos de este planeta, reduciendo de esta forma el tiempo y el espacio entre los pueblos. Con la mayor interacción entre los pueblos, nace la necesidad de buscar nuevos mercados y nuevos puestos de trabajo para atender mejor la calidad de vida de las personas.

Por lo tanto, con el crecimiento del mercado internacional con mayor agresividad, nace, también, la posibilidad de que los agentes económicos actúen de forma anticompetitiva, provocando graves distorsiones en los mercados internos y internacionales con perjuicios para todos aquellos pueblos que dependen de esos mercados para su supervivência, su calidad de vida y el mantenimiento de sus empleos.

De esta manera, ante las dimensiones assumidas, en la actualidad, especialmente en los mercados internacionales no hay que pensar en perjudicar a sus consumidores solamente en pro de aumentar la riqueza, de modo abusivo, de algunas empresas o de algunos agentes económicos.

Ante los fundamentos presentados, el derecho no podría quedar ajeno a tales problemas. Con efecto, se observa, con frecuencia, la preocupación de los Estados Democráticos de Derecho en perfeccionar su legislación de defensa de la competência con modernos mecanismos jurídicos con la intención de proteger sus mercados ante prácticas anticompetitivas impuestas por agentes económicos en el mercado internacional. Por lo tanto, las principales cuestiones que envuelven el derecho de la competencia, especialmente, en el ámbito internacional serán confrontadas en esta disertación, teniendo, como foco central, la comparación de los derechos de la competencia portuguesa y brasileña con la influencia de los bloques económicos de la Unión Europea y del Mercosur, respectivamente.

Ante el problema presentado, en el último capítulo de la disertación serán analizadas las cuestiones prácticas que están presentes en los carteles internacionales, que son unas de las prácticas anticompetitivas más perversas del mercado, poro tal analisis sería también válido ante cualquier outra práctica anticompetitiva, especialmente en el ámbito internacional.

Palabras claves: Competencia; Unión Europea; Mercosur; Carteles Internacionales

Sumário

| | |
|---|-----------|
| RESUMO | 2 |
| ABSTRACT | 3 |
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1. BLOCOS ECONÔMICOS E CONCORRÊNCIA | 9 |
| 1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 9 |
| 1.2. UNIÃO EUROPEIA..... | 11 |
| 1.2.1. BREVE HISTÓRICO E OBJETIVOS | 11 |
| 1.2.2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UNIÃO EUROPEIA DIANTE DOS ESTADOS MEMBROS | 19 |
| 1.3. MERCOSUL | 36 |
| 1.3.1. BREVE HISTÓRICO E O SISTEMA ORGANIZACIONAL ATUAL DO MERCOSUL | 36 |
| 1.3.2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL..... | 43 |
| 2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVA COMPARADA PORTUGAL – BRASIL | 49 |
| 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 49 |
| 2.1.1. BREVE CONSIDERAÇÃO HISTÓRICA | 49 |
| 2.1.2. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA | 52 |
| 2.2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL | 57 |
| 2.2.1. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL ANTES DE 1988 NA DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA..... | 57 |
| 2.2.2. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 NA DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA | 61 |
| 2.2.3. ORDENAMENTO JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO COM A INFLUÊNCIA DO MERCOSUL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA | 64 |
| 2.2.3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 64 |
| 2.2.3.2. AS COLIGAÇÕES RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA E O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA LEI N.O 12.529/2011 | 66 |
| 2.3. DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL | 78 |
| 2.3.1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE PORTUGAL NA DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA | 78 |
| 2.3.2. ORDENAMENTO JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL PORTUGUÊS COM A INFLUÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA..... | 82 |
| 2.3.2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 82 |
| 2.3.2.2. PRÁTICAS CONCERTADAS, ACORDOS E DECISÕES DE ASSOCIAÇÕES RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NA LEI N.O 19/2012 | 88 |
| 2.3.2.3. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA LEI N.O 19/2012 | 90 |
| 2.3.2.4. ABUSO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NA LEI N.O 19/2012 | 93 |

| | |
|--|-------------------|
| 3. COLIGAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS: CARTÉIS | 98 |
| 3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 98 |
| 3.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS CARTÉIS | 100 |
| 3.3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS..... | 108 |
| 3.4. DEFESA DA CONCORRÊNCIA DIANTE DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS | 115 |
| | |
| <u>CONCLUSÃO.....</u> | <u>125</u> |
| | |
| <u>REFERÊNCIAS</u> | <u>135</u> |
| | |
| 1. BIBLIOGRAFIA | 135 |
| 2. FONTES DOCUMENTAIS | 136 |

INTRODUÇÃO

O modelo clássico da economia, composto por uma grande pluralidade de agentes econômicos que atuavam com igual poder no mercado, impunha a concorrência perfeita, não se podendo falar, então, em distúrbios no mercado. Portanto, diante deste facto, não havia preocupação dos Estados em regular a concorrência.

Com efeito, no modelo clássico de mercado, os agentes, do lado da oferta, eram muitos e formados por pequenas unidades econômicas e os agentes, do lado da procura, eram consumidores individuais, famílias e pequenas empresas. Dessa forma, diante dessa evidência, os agentes econômicos eram incapazes de alterar a formação de preços do mercado.¹

Com o surgimento das primeiras revoluções industriais, houve a imposição da massificação da produção industrial, da generalização da utilização da mão de obra assalariada e da necessidade de concentração de capitais. Diante de tais factos, o mercado sofreu profundas alterações, afastando-se, desta forma, dos pressupostos do modelo liberal clássico. Com isto, começam a surgir o fenómeno de concentração com o surgimento de grandes empresas, coligações entre empresas, gerando os cartéis, os oligopólios e os monopólios que acabaram de mudar, definitivamente, a estrutura dos mercados que passaram a ser imperfeitos e impuros.²

Os fenómenos citados começaram a se tornar bastante visíveis no início do século XX e fizeram com que o mercado se afastasse do modelo liberal clássico. Ocorre que esta mudança do perfil dos agentes econômicos acarretou uma assimetria no mercado, requerendo, portanto, a intervenção do Estado na regulação da concorrência. No mercado liberal clássico, a figura da regulação do mercado inexistia porque não existia distorção do mercado.

O direito da concorrência e sua tutela se tornaram mais críticos diante do fenómeno da globalização que se acirrou a partir dos anos 90, especialmente, nos países que se norteiam pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, a partir daquela data, foi acirrada a circulação internacional de bens, serviços e capitais, acirrando a dependência entre os países e, ainda, proporcionando a expansão do mercado internacional pelas empresas.³

¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 264

² *Idem* – **Op. Cit.** p. 265

³ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Económico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 5.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas. p. 62

Diante deste contexto é que se pretende desenvolver o tema da dissertação, tendo, por foco, a análise comparativa dos direitos da concorrência Luso-Brasileira com a influência da União Europeia e do Mercosul, respectivamente.

Para que o tema da pesquisa possa ser enfrentado, possibilitando convergir em algumas importantes conclusões, o presente trabalho foi dividido em três (3) capítulos que serão resumidos a seguir.

No primeiro capítulo, além do breve comentário a respeito do fenômeno da globalização e do surgimento dos blocos econômicos, a defesa da concorrência será analisada, apenas, sob a ótica da União Europeia e do Mercosul diante dos seus respectivos Estados Partes.

No segundo capítulo, a defesa da concorrência será analisada sob o aspecto do direito Luso-Brasileiro, levando-se em consideração a influência sofrida pelos seus respectivos blocos econômicos da União Europeia e do Mercosul. Será realizada, também, análise comparativa entre aqueles dois direitos sobre questões comuns e importantes inerentes a defesa da concorrência.

A análise mencionada será realizada, especialmente, sob a ótica dos preceitos constitucionais e da legislação vigente relativa a defesa da concorrência daqueles dois Países.

No terceiro capítulo, serão analisados e conceituados os cartéis, especialmente, os internacionais como coligações anticoncorrenciais entre agentes econômicos. A análise dos cartéis interessa ao presente trabalho, tendo em vista que são condutas anticoncorrenciais atuais e de difícil identificação, especialmente, os internacionais e que causam graves distorções ao mercado.

Para análise dos cartéis, serão utilizados os fundamentos teóricos analisados nos primeiro e segundo capítulos, além daqueles específicos que serão analisados, propriamente, no terceiro capítulo.

A análise procedida neste capítulo, também, será válida para quaisquer coligações entre agentes econômicos anticoncorrenciais.

Portanto, pretende-se, na presente dissertação, realizar análise crítica comparativa entre as defesas da concorrência de Portugal e do Brasil com vistas a verificar se realmente, em âmbito internacional, as condutas anticoncorrenciais poderiam ser, efetivamente, reprimidas sem que houvesse a imposição da soberania de um país sobre o outro.

A investigação adotada no presente trabalho utiliza-se do método de abordagem dedutivo. A pesquisa foi lastreada por documentos bibliográficos, levando-se em conta, especialmente, as atuais legislações pertinentes aos assuntos abordados, as constituições, as jurisprudências, as doutrinas, dentre outras fontes.

1. BLOCOS ECONÔMICOS E CONCORRÊNCIA

1.1. Considerações iniciais

A globalização, para alguns autores, de acordo com Fernando Aguillar, não teve seu início nos anos 90, do século XX. A globalização é um fenômeno que já existe há séculos, entretanto, a atual globalização possui uma faceta diferente do velho capitalismo. A ideia de que a globalização existe desde o momento que o capitalismo passou a dominar a economia ocidental, sendo certo que a vocação do capitalismo é, justamente, a conquista de novos mercados.⁴

As políticas colonialistas do século XV em diante foram formas bastante evidentes de globalização quando os países centrais procuravam novos mercados e novos centros de produção fora da metrópole. Nesse sentido, a Inglaterra, Portugal, França, Holanda, Espanha promoveram extraordinárias campanhas em busca da descoberta de novas terras, transformando-as em novos mercados de consumo e, ainda, utilizando-as para produção e para extração dos bens necessários ao comércio mundial.

Atualmente, não existe guerra de conquista territorial, portanto, não existem usurpação física de domínios. Os fenômenos descritos nunca tinham sido observados anteriormente.

Com efeito, conforme Fernando Aguillar, a globalização impõe ao atual capitalismo a conquista de novos mercados sem restrições às fronteiras nacionais, nascendo, dessa forma, alguns fenômenos. Surge, desse modo, o fenômeno político em decorrência da crescente interdependência entre os países; o fenômeno cultural devido as influencias recíprocas entre os habitantes dos países envolvidos; o fenômeno social em decorrência dos frequentes deslocamentos e fixação de residências em países diferentes; o fenômeno tecnológico devido a revolução da informática e das telecomunicações; o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos que não possuem mais limites territoriais. Portanto, diante da ocorrência desses fenômenos, justifica-se a necessidade da mudança do papel do Estado, da reestruturação dos agentes econômicos e, ainda, da reavaliação do direito em todos os países envolvidos na atual globalização.⁵

Portanto, observa-se que a atual globalização está impondo às pessoas, ao mercado e ao próximo Estado comportamentos diferentes daqueles que eram adotados antes da atual globalização. Ou seja, vê-se, claramente, que, a cada dia, o mercado, onde ocorrem as trocas entre os consumidores e os produtores, está se ampliando sem quaisquer limites. O mercado

⁴ *Idem – Op. Cit.* p. 59-61

⁵ *Idem – Op. Cit.* p. 60-61

age, atualmente, ultrapassando os limites territoriais dos Estados e, ainda, utilizando-se do extraordinário desenvolvimento da tecnologia, da informática e das telecomunicações, dos transportes, dentre outros.

O mercado atual, pela sua complexidade, pode apresentar distorções em face das concentrações e dos comportamentos dos diversos agentes econômicos que atuam no mencionado mercado, podendo prejudicar, dessa forma, os consumidores e, ainda, a economia dos países envolvidos. Por tais razões, as práticas anticoncorrenciais devem ser identificadas e reprimidas através de uma eficiente defesa da concorrência.

Ou seja, em face das razões acima expostas, as empresas, para serem competitivas no mundo globalizado, deverão buscar, incessantemente, redução dos custos de produção com a melhor qualidade possível. Portanto, as mencionadas empresas, para serem competitivas, deverão primar sempre pela eficiência.

No que se refere ao atual modelo econômico globalizado, a competição é exercida em altíssima escala, também, havendo consumo em grandes proporções o que faz surgir o problema da escassez dos recursos ambientais não renováveis, além das agressões ecológicas devido, especialmente, a produção industrial. Em decorrência de tais fenômenos, para Fernando Aguillar, a globalização provoca profunda crise dos conceitos já consolidados nas tradições jurídica e política dos países afetados pela globalização.⁶

Apesar de toda a problemática desenvolvida até agora, os blocos econômicos foram sendo desenvolvidos. Apesar da globalização não ser causa única e específica para a formação dos mencionados blocos, indiscutivelmente, além do viés político, eles têm um forte conteúdo econômico com o objetivo de proporcionar aos países envolvidos, também, vantagens econômicas e de desenvolvimento. Em verdade, os blocos econômicos, existentes em todos os continentes, possuem graus de integração diferentes, sendo que alguns deles serão analisados nos tópicos seguintes.

Os blocos econômicos, apesar de não terem surgido por causa da globalização, eles, atualmente, possuem uma convivência harmoniosa com a globalização. Os mencionados blocos são acordos políticos e econômicos estratégicos entre países, com o objetivo de implementarem políticas e de fomentarem questões econômicas de interesses comuns entre os países participantes. Para o citado Autor, os blocos econômicos surgiram, também, por necessidades sentidas pelos países em decorrência de sucessivas guerras, nesta hipótese, foram medidas

⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 68-69

político-jurídicas preventivas do confronto bélico, em reação às pressões econômicas das nações mais poderosas, dentre outras necessidades.⁷

Por fim, apesar que não pertencer ao escopo do presente trabalho, cabe informar que o conceito de globalização, especialmente, na atualidade, se contrapõe ao conceito de nacionalismo. A globalização afronta o nacionalismo que valoriza a soberania interna, a produção nacional e os valores nacionais. Por outro lado, a globalização combate o xenofobismo ao permitir o livre acesso de produtos estrangeiros no mercado interno e, ainda, ao permitir que empresas e capitais estrangeiros assumam posições importantes na economia nacional. Dessa forma, o citado Autor informa que a economia nacional fica mais dependente de capitais externos, gerando vulnerabilidades indesejáveis. Especialmente, por tais motivos, os críticos consideram que a globalização e os blocos econômicos podem afetar a soberania interna dos países.⁸

Portanto, como se observa, a globalização e os blocos econômicos sofrem críticas pelas razões apresentadas. Apesar da aparente desvantagem que a globalização e os blocos econômicos possam apresentar, indiscutivelmente, eles estão associados, atualmente, aos desenvolvimentos social e tecnológico e fazem parte, ainda, da atualidade, por apresentarem diversas vantagens. Com efeito, eles permitem que os Estados democráticos possam se desenvolver em termos sociais e econômicos possibilitando melhor qualidade de vida de seus nacionais, reforçando, dessa forma, a soberania popular. Apesar desse assunto ser bastante empolgante, ele não faz parte do escopo da presente investigação.

1.2. União Europeia

1.2.1. Breve histórico e objetivos

Após análise procedida no tópico anterior, observa-se que a integração europeia ocorreu com o fortalecimento do mercado interno europeu através de sua institucionalização e seu funcionamento, sendo certo que a efetivação do mercado durou algumas décadas e que Pedro Froufe e José Caramelo consideram que foi o próprio desejo da construção europeia.⁹

Em 1957, quando foram assinados os Tratados que instituem a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom), deu-se importante

⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 72

⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 75

⁹ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coord.) – *Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União*. In **Mercado Interno e Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 457.

passo para que, em Janeiro de 1958, houvesse a criação formal da Comunidade Económica Europeia (CEE).

Portugal assinou o Tratado de Adesão às Comunidades Europeias – Comunidade Económica Europeia (CEE), Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e Comunidade Europeia de Energia Atómica (CEEA ou EURATOM), em 12 de Junho de 1985, sendo que a adesão formal às Comunidades ocorreu em 1.º de Janeiro de 1986.¹⁰

Posteriormente, as Comunidades sofreram profundas modificações. Estas modificações surgiram, especialmente, em decorrência da adoção do Ato Único Europeu, do Tratado de Maastricht, que institui a União Europeia, do Tratado de Amsterdam, do Tratado de Nice e, posteriormente, do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007, entrando em vigor em 1.º de Janeiro de 2010.¹¹

O Tratado de Maastricht, assinado em 7 de Fevereiro de 1992, que teve um duplo objetivo que foi a criação da União Europeia e a alteração dos tratados comunitários. A União Europeia era desprovida de personalidade jurídica internacional como, também, convivia com as demais Comunidades Europeias, conforme já informado. A União Europeia foi criada em 1993.¹²

A revisão operada pelo Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007 e entrando em vigor em 1.º de Janeiro de 2010, fez com que a União Europeia (UE) se assentasse, atualmente, em dois tratados, Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A União Europeia (UE), atualmente, continua baseada nestes dois tratados.¹³

As Comunidades já mencionadas, de acordo com sofreram vários significativos alargamentos, especialmente, em 1995, com a adesão da Áustria, Finlândia e Suécia, em 2004, com a adesão de Chipre, Eslovénia, Eslováquia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia e República Checa, em 2007, com a adesão da Bulgária e Roménia e, em 2013, da Croácia. Portanto, devido as profundadas alterações que foram impostas às Comunidades promovidas por vários tratados, atualmente, elas são a União Europeia (UE). Atualmente, a União Europeia conta com 28 Estados Membros.¹⁴

¹⁰ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 89

¹¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 89-90

¹² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União**: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. 9.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p.57-59

¹³ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 90

¹⁴ *Idem - Ibidem*

A União Europeia é uma associação política, comercial e econômica que foi iniciada com Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, em 1951. A União Europeia, de acordo do Fernando Aguillar, é o melhor exemplo de bloco econômico existente, tendo em vista que seu mercado não tem fronteiras internas e que pessoas, bens, serviços e capitais circulam livremente de um país para o outro. Neste sentido, não há fronteiras alfandegárias, não existem impostos de exportação e de importação no âmbito do território comunitário. E, ainda, muitos países-membros, atualmente, possuem uma moeda comum.¹⁵

O objetivo da União Europeia não é intervir na soberania de cada Estado Membro e sim, manter a competência legislativa e a organização administrativa para resolver questões que possam prejudicar o direito intercomunitário.

A soberania dos Estados Membros pode ser observada pelo artigo 50.º, do Tratado da União Europeia (TUE), que preconiza, dentre outros direitos, que qualquer Estado Membro poderá decidir em conformidade com as suas respectivas normas constitucionais e, ainda, retirar-se da União Europeia, após o cumprimento de procedimento previamente conhecido.

A União Europeia, com fulcro no artigo 3.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE), promove a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos. Com a finalidade de dar concretude aos objetivos enumerados no citado artigo, são discriminados alguns dos principais direitos que a União Europeia tutela, conforme demonstrado nos demais números deste mesmo artigo.

O artigo 120.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), fazendo remissão ao artigo 3.º, do Tratado da União Europeia (TUE), preconiza que os Estados Membros conduzirão as suas políticas econômicas no sentido de contribuir para realização dos objetivos da União Europeia. Os Estados Membros e a União Europeia atuarão de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, favorecendo uma repartição eficaz de recursos.

Dessa forma, cada Estado Membro possui sua competência legislativa e de administração para organizar questões que envolvam interesses de seu povo, tais como, economia, política, educação, cultura e saúde. Entretanto, quando as mencionadas questões começam a interferir com os interesses da União Europeia, então, esta legisla e administra de modo supranacional. Neste sentido, cada Estado Membro legisla sobre o direito da concorrência e a União Europeia pode ter, também, uma legislação sobre o mesmo tema, mas com o objetivo de proteger o mercado comunitário. A regulação interna da concorrência define as condições de uma

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 495

competição em âmbito nacional, enquanto a União Europeia define regras de competição no âmbito do mercado comum. Assim como ocorre com o direito da concorrência que é o assunto que interessa a essa dissertação, ocorrem, também, para outras questões relevantes de interesses dos Estados Membros e da União Europeia.

Pelos fundamentos apresentados, observa-se que os Estados Membros podem conviver, simultaneamente, com duas ordens jurídicas diferentes que tratem sobre o mesmo assunto. Uma delas de produção legislativa do próprio Estado Membro e uma outra da União Europeia. Isto impõe a necessidade de haver certa harmonia entre as duas ordens jurídicas.

A delimitação da intervenção da União Europeia nos Estados Membros encontra-se insculpida no artigo 5.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE), que é regida pelo princípio das competências de atribuição. Nesse sentido, a União Europeia não dispõe de genérica e ilimitada competência com relação aos Estados Membros, mesmo que restrita ao campo da economia.¹⁶

No que tange a questão da distribuição da repartição das competências da União Europeia com os seus Estados Membros, o Título 1, dos artigos 2.º e seguintes, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), normaliza esta questão.

Com efeito, o artigo 3.º, do citado Tratado, elenca os assuntos que são de competência exclusiva da União Europeia. No artigo 4.º, estão dispostos os assuntos que a União Europeia possui competência partilha com os Estados Membros. No artigo 6.º, são apresentadas as matérias que a União Europeia dispõe de competência para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados Membros.

Com relação ao assunto apresentado, a competência da União Europeia divide-se em três espécies: a. as competências exclusivas; b. as competências complementares dos Estados Membros; e c. as competências partilhadas com os Estados Membros.¹⁷

Em resumo, as competências exclusivas abrangem as questões que tratam da união aduaneira; estabelecimento de regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; política monetária cuja moeda seja o euro; conservação dos recursos biológicos do mar; e política comercial comum. As competências complementares dos Estados Membros são aquelas que a União Europeia desenvolve ações destinadas a apoiar, coordenar ou complementar a ação dos Estados Membros. A mencionada competência abrange os assuntos que envolvam a proteção e melhoria da saúde humana; indústria; cultura; turismo;

¹⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 96

¹⁷ *Idem* – *Op. Cit.* p. 96-97

educação, formação profissional, juventude e desporto; proteção civil; e cooperação administrativa.

Quanto às competências partilhadas com os Estados Membros, abrangem os assuntos que tratam do mercado interno; política social; coesão econômica, social e territorial; agricultura e pescas; ambiente; defesa dos consumidores; transportes; redes transeuropeias; energia; espaço de liberdade, segurança e justiça; e problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública.

Pela redação dada ao artigo 4.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), o rol de assuntos discriminados na competência partilhada, do artigo 4.º, n.º 2, do citado Tratado, não é exaustivo. Com fulcro no artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE), diante do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da competência exclusiva da União Europeia, a citada União pode intervir, apenas, se os objetivos da ação considerada não puderem ser suficientemente alcançados pelos Estados Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local.¹⁸

O artigo 13.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE), prevê o seguinte quadro institucional da União Europeia: 1. Parlamento Europeu; 2. Conselho Europeu; 3. Conselho; 4. Comissão Europeia; 5. Corte de Justiça da União Europeia; 6. Banco Central Europeu; e 7. Tribunal de Contas.

Aliás, de acordo com o artigo 13º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE), é preconizado que as Instituições acima nomeadas pertencem à União Europeia, visando promover os seus valores na consecução de seus interesses, dos seus cidadãos e dos Estados Membros, bem como, assegurando a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas ações.

Algumas dessas Instituições que interessam ao desenvolvimento do trabalho, serão analisadas, de modo resumido, em seus aspectos mais importantes, para permitir o desenvolvimento do próximo tópico, apesar de não fazer parte, diretamente, do escopo do presente trabalho.

O Parlamento Europeu que, inicialmente, era chamado de <<Assembleia>>, sofreu marcante evolução ao longo do tempo. O Parlamento é composto por representantes dos cidadãos da União, conforme artigo 14.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE).

¹⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 93-97. Tratado da União Europeia. “Artigo 5.º (ex-artigo 5.º TCE). [...] 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. [...]”

Entretanto, nem sempre foi assim. Ou seja, antes, o Parlamento Europeu era composto por representantes dos povos dos Estados. As competências do Parlamento foram ampliadas no novo artigo 14.º Tratado da União Europeia (TUE) – Lisboa, quando, no n.º 1, é enunciado, como principais competências, que o Parlamento Europeu exerce, juntamente com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental. A competência legislativa do mencionado Parlamento surgiu com o Tratado de Maastricht. Apesar disto, de acordo com Miguel Gorjão-Henriques, a iniciativa legislativa na União Europeia não é do Parlamento Europeu, salvo hipóteses excepcionais previstas em Tratados.¹⁹

A intervenção mais importante do Parlamento Europeu, em matéria económico-financeira, reside, justamente, no processo orçamentário de acordo com António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Manuel Marques. O Parlamento Europeu e o seu processo legislativo encontram-se, especialmente e respectivamente, insculpidos no artigo 14.º, do Tratado da União Europeia (TUE), e artigos 289.º e 294.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).²⁰

O Conselho Europeu é composto pelos chefes de Estado ou de governo dos Estados Membros e, ainda, pelo seu Presidente e o Presidente da Comissão Europeia. O Presidente do Conselho Europeu é, também, o representante externo da União Europeia. Este Conselho tem por função a definição das orientações e das prioridades políticas gerais da União Europeia, não exercendo a função legislativa. O Conselho Europeu pronuncia-se por consenso. O citado Conselho está normatizado, especialmente, no artigo 15.º, do Tratado da União Europeia (TUE) e artigos 235.º e 236.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O Conselho Europeu é um Órgão de direção política, sem, no entanto, possuir poderes para legislar, decidindo, em regra, por consenso, pelo facto do citado Conselho ser integrado pelos dirigentes máximos da política dos Estados Membros, pelo Presidente da Comissão e pelo Presidente do próprio Conselho Europeu, já demonstra que esta Instituição se torna naturalmente o órgão de cúpula da União Europeia.²¹

¹⁹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União**: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. p. 151-157

²⁰ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 113-114

²¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 111-112

Em suma, o Conselho Europeu desempenha as mais importantes funções na União Europeia, dando-lhe os impulsos necessários ao seu desenvolvimento, além de definir as orientações e prioridades das políticas, em geral, no âmbito daquela União.²²

O Conselho, que não se confunde com o Conselho Europeu, está insculpido, especialmente, no artigo 16.º, do Tratado da União Europeia (TUE) e artigos 237.º e seguintes, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O Conselho é composto por representantes de cada Estado Membro, em nível ministerial, com o poder de vincular seus respectivos Governos, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE). O Conselho exerce, juntamente, com o Parlamento Europeu, a função legislativa e a função orçamental. O Conselho delibera por maioria qualificada, salvo disposição em contrário dos Tratados. O critério adotado para maioria qualificada está insculpido no artigo 16.º, n.º 4, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O Conselho deve assegurar a coordenação das políticas econômicas gerais da União Europeia, no que se refere ao interesse comum. Em regra, as decisões do Conselho devem ser por maioria qualificada, exceto se os Tratados dispuserem de modo diverso.²³

O artigo 289.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), dispõe que o processo legislativo ordinário consiste de uma diretiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão. O citado processo legislativo ordinário está regulamentado no artigo 294.º, do mencionado Tratado.

O artigo 289.º, n.º 2, do citado Tratado, dispõe que, nos casos específicos previstos pelos Tratados, a adoção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão pelo Parlamento Europeu, tendo a participação do Conselho, ou, então, por este Conselho, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo especial.²⁴

Confrontando-se os n.ºs 1 e 2, do artigo 289.º, chega-se a conclusão que, em regra, no denominado processo legislativo ordinário, a ação legislativa do Conselho é efetuada em conjunto com o Parlamento Europeu. Por outro lado, diante dos casos especificamente previstos

²² PEREIRA, António Pinto – **Direito da União Europeia**: o sistema institucional. Lisboa: Escola Editora, 2016. p. 145

²³ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 112

²⁴ Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). “Artigo 289.º 1. O processo legislativo ordinário consiste na adoção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão. Este processo é definido no artigo 294.º 2. Nos casos específicos previstos pelos Tratados, a adoção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão pelo Parlamento Europeu, com a participação do Conselho, ou por este, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo especial. [...]”

pelos Tratados, portanto, em um processo legislativo especial, a ação legislativa do Conselho ocorre em cooperação com o Parlamento Europeu.

A Comissão Europeia que, antes, era chamada de Comissão, de acordo com Miguel Gorjão-Henriques, continua sendo um dos principais órgãos da estrutura institucional da União Europeia. A Comissão Europeia dispõe de amplos poderes administrativos para realização dos objetivos importantes da União Europeia, como por exemplo, o controle do mercado interno e a política da concorrência ²⁵. A Comissão representa o interesse geral da União Europeia e vela pela aplicação dos Tratados, controlando a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia, exceto a política externa e a segurança comum, dentre outras hipóteses previstas em Tratados, nos termos do artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, do Tratado da União Europeia (TUE).

A Comissão Europeia encontra-se normatizada, especialmente, no artigo 17.º, do Tratado da União Europeia (TUE), e artigo 244.º e seguintes, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é composto pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados, com o objetivo de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, conforme preconizado no artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE). Ou seja, possui as funções de aplicar e interpretar o Direito Europeu, garantindo que os tribunais dos Estados Membros adotem decisões, com homogeneidade, em matérias de interesse da União Europeia.

O atual Tribunal Geral corresponde ao antigo <<Tribunal de Primeira Instância>> que perdurou até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1.º de Dezembro de 2009. O <<Tribunal de Primeira Instância>> foi instituído após o Acto Único Europeu, em 1988. Para Miguel Gorjão-Henriques, a criação do Tribunal Geral garantiu a aplicação do princípio de dupla jurisdição, oferecendo uma jurisdição mais efetiva e, ainda, permitiu que o Tribunal de Justiça concentrasse mais suas funções na interpretação, na garantia da uniformidade e na eficácia do ordenamento jurídico da União Europeia.²⁶

Nem sempre, o Tribunal Geral exerce, somente, as funções de um tribunal de primeira instância, em sentido estrito. Com efeito, o artigo 256.º, n.º 1, do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), preconiza que o Tribunal Geral é competente para julgar em

²⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União**: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. p. 177-189

²⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 205-206

primeira instância dos recursos previstos nos artigos 263.º, 265.º, 268.º, 270.º e 272.º, do mencionado Tratado, excetuando-se as questões que são reservadas a um Tribunal Especializado criado, nos termos do artigo 257.º, do Tratado. O Artigo 256.º, n.º 1, do Tratado, ainda, preconiza que o Tribunal Geral é competente para julgar outras categorias de recursos. E, ainda, nos termos do Tratado, as decisões proferidas pelo Tribunal Geral poderão ser objeto de recurso para o Tribunal de Justiça.

No n.º 2, do artigo 256.º, do Tratado, é preconizado que as decisões dos Tribunais Especializados podem ser objeto de recurso para o Tribunal Geral.

O artigo 19.º, do Tratado da União Europeia (TUE), preconiza que o Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. E, ainda, preconiza que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem a função de garantir a interpretação e aplicação dos Tratados. O Tribunal de Justiça da União Europeia está normatizado, especialmente, no artigo 19.º, do Tratado da União Europeia, e nos artigos 251.º e seguintes, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

No artigo 256.º, do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), já analisado, estabelece a competência do Tribunal Geral através, especialmente, dos artigos 263.º, 265.º, 268.º, 270.º e 272.º, do citado Tratado.

Após breve análise histórica e dos objetivos que norteiam a União Europeia e, ainda, também, após breve análise de como a União Europeia está estruturada atualmente e, como o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) atuam diante dos Estados Membros, será possível analisar, no próximo tópico, quais são os limites jurídicos da defesa da concorrência dessa União diante dos seus Estados Membros.

1.2.2. Defesa da concorrência: União Europeia diante dos Estados Membros

Os assuntos de ordem econômica, incluindo-se, também, o da concorrência, encontram-se normatizados, especialmente, no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), dentre outros documentos legais da citada União, que normatizam tais assuntos em sua proteção, sem que não haja a redução da soberania dos Estados Membros. Aliás, tais assuntos foram abordados, em linhas gerais, no tópico anterior.

No mesmo sentido, de acordo com Pedro Froufe e José Caramelo, o direito europeu da concorrência consiste, especialmente, nas normas de <<defesa da concorrência>>, do Título VII, do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como, do direito dele

decorrente expresso em regulamentos, em decisões da Comissão Europeia e em jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).²⁷

Neste tópico, será investigada e analisada como a União Europeia, através de sua legislação, atua na defesa da concorrência com o objetivo da proteção do mercado comum europeu.

Sem a efetivação da concorrência, poderiam surgir mercados restritos, fechados, com barreiras artificiais, decorrentes das coligações entre os agentes econômicos e da exploração abusiva de posições dominantes no mercado e, ainda, decorrentes das concentrações danosas. Além de tudo isto, distorções do mercado poderiam, também, surgir devido a certos auxílios que poderiam ser concedidos pelos Estados para Empresas ou setores da produção. Portanto, diante de todos esses fatores, sem uma eficiente legislação de defesa da concorrência, haveria distorções no mercado, com prejuízos ao comércio e aos consumidores do mercado comum europeu.²⁸

Diante da importância que se reveste o assunto em discussão, a União Europeia dispôs que seria de sua competência exclusiva, dentre outros assuntos, o estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, conforme disposto no artigo 3.º, n.º 1, b), do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Aliás, o interesse na tutela do direito da concorrência da forma como descrito acima, encontra-se em perfeita consonância com o disposto no artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE), que estabelece o direito de um desenvolvimento sustentável da Europa, baseado em crescimento econômico equilibrado e com estabilidade dos preços, através de um mercado altamente competitivo com pleno emprego e desenvolvimento social.²⁹

No Título VII, do Capítulo I, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), encontram-se normatizadas as regras de concorrência. Os artigos 101.º ao 106.º tratam das regras de concorrência aplicáveis às empresas e os artigos 107.º ao 109.º tratam das regras de concorrência aplicáveis aos auxílios concedidos pelos Estados. Nesse contexto, o que se

²⁷ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coord.) – Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União. In **Mercado Interno e Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2016.

²⁸ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 102

²⁹ TRATADO da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia** (7-6-2016), p. C 202/13-C202/45. “Artigo 3.º (ex-artigo 2.º TUE) [...] 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. [...]”

propõe, neste presente trabalho, é investigar e analisar apenas a defesa da concorrência que seja aplicável às empresas, estando, portanto, as regras de concorrência aplicáveis aos auxílios concedidos pelos Estados fora do escopo do trabalho.

No artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), existem três regras sobre coligações, ou seja, acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. As citadas coligações podem ser horizontais ou verticais.

No artigo 102.º, do citado Tratado, existe uma regra sobre a exploração abusiva das empresas em uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Portanto, o artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), proíbe coligações entre empresas que possam afetar o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado interno. No artigo 102.º, do citado Tratado, é coibido o abuso da posição dominante quando prejudicial ao mercado.

No que tange às concentrações, inicialmente, as citadas concentrações eram analisadas sob o manto dos artigos mencionados, mas que este panorama mudou. Dessa forma, as concentrações passaram a ser regidas, em 1989, pelo Regulamento CE 4.064. Atualmente, elas são regidas pelo Regulamento do Conselho 139, de 20 de Janeiro de 2004, e pelo Regulamento 802/2004, da Comissão Europeia, com as alterações decorrentes do Regulamento 1.269, de 2013.³⁰

Com isto, os três tipos principais das práticas antitruste que, tradicionalmente, são as coligações, horizontais ou verticais, entre empresas em conceito amplo; o abuso de posição dominante; e as concentrações são tuteladas pela União Europeia.

As condutas ou as práticas descritas no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), representam os comportamentos mais prejudiciais à livre concorrência até porque são realizadas por várias empresas. As condutas e as práticas, apenas, se tornam relevantes ao citado Tratado se forem capazes de afetar o comércio entre os Estados Membros. Entretanto, se as condutas ou as práticas afetarem, apenas, a concorrência

³⁰ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. 9.ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 135

em todo ou em parte do mercado nacional espanhol, então, haverá a aplicação do direito da concorrência da Espanha.³¹

Portanto, quando os acordos, as decisões e as práticas concertadas que sejam condutas anticoncorrenciais, mas que afetem, apenas, o comércio interno, total ou parcialmente, do Estado Membro, sem que seja afetado o comércio entre os Estados Membros, deverá ser aplicada, então, a legislação da defesa da concorrência do respectivo Estado Membro e não, o Tratado.

As condutas discriminadas no artigo 101.º, do Tratado, que sejam suscetíveis a afetar o comércio entre os Estados Membros, serão proibidas se tiverem por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Apesar disto, o citado artigo enumera, ainda, em cinco alíneas, as condutas que, especificamente, são proibidas.

As condutas nomeadas nas cinco alíneas do dispositivo legal em análise são as condutas que foram consideradas mais gravosas ou mais frequentes, tratando-se, portanto, de rol de condutas exemplificativo.³²

Portanto, fixar os preços de compra ou venda, ou quaisquer outras condições de transação (alínea *a*)); limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos (alínea *b*)); repartir os mercados ou as fontes de abastecimento (alínea *c*)); aplicar, aos parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência (alínea *d*)); e subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que não tenha ligação com o objeto dos contratos (alínea *e*)) são condutas que o artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), considera, especificamente, proibidas. Trata-se de condutas nominadas que foram consideradas anticoncorrenciais.

O artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), para delimitar as condutas proibidas à concorrência, utilizou-se da técnica de combinar uma cláusula geral com uma lista exemplificativa de condutas. Para a primeira hipótese, na cláusula geral, definiu-se, em abstrato, genericamente, as características essenciais dessas condutas que são, justamente, aquela definidas no *caput*, daquele artigo. Para a segunda hipótese, na lista exemplificativa, é a definição de uma série de condutas nominadas que caracterizam ilicitude

³¹ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**. Pamplona: Editorial Aranzadi. p. 105-106.

³² SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 327-328

per se.³³ Esta análise é importante, tendo em vista que isto poderia determinar se o legislador europeu, realmente, previu ou não a ilicitude *per se* diante das condutas analisadas.

E ainda para se chegar a conclusão de que as condutas descritas em cláusula geral do artigo 101.º, são proibidas, diante do caso concreto, seria necessário observar a concorrência dos seguintes pressupostos ou elementos: 1. Concurso de vontades ou de entendimento entre as empresas – elemento subjetivo -; 2. Os acordos ou as decisões ou as práticas concertadas devem ter por objetivo ou efeito – elementos objetivos – impedir, restringir ou falsear a concorrência; e 3. A restrição da concorrência ocorra sobre o comércio intracomunitário. Ocorra no âmbito da União Europeia – elemento concorrencial.³⁴

Como se observa, que as cinco condutas discriminadas nas alíneas, do n.º 1, do artigo 101.º, do Tratado, são condutas *per se*, ou seja, são condutas que já são consideradas proibidas por serem prejudiciais, de início, à concorrência. E, ainda, estabelecem critérios para se verificar, no caso concreto, se os acordos, as decisões e as práticas concertadas descritas em abstrato seriam proibidas ou não, com fulcro no Tratado.

O artigo 101.º, n.º 2, do Tratado, prevê que as decisões e os acordos proibidos mencionados neste próprio artigo são nulos. Dessa forma, estes acordos e decisões estão eivados de nulidade de pleno direito.

Apesar das condutas discriminadas no artigo 101.º, n.º 1, serem proibidas, e, ainda, ratificadas, expressamente, pelo n.º 2, deste mesmo artigo, o n.º 3, do dispositivo jurídico em análise, preconiza que, em certas situações, torna-se inaplicável o princípio de proibição daquelas condutas. Ou seja, os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, discriminados no n.º 1, do artigo 101.º, podem ser tolerados se contribuírem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, conforme previsto nos requisitos discriminados no artigo 101.º, n.º 3.

O artigo 101.º, n.º 3, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), de acordo com António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Manuel, formula um princípio de exceção, que é um dos fundamentos da política de concorrência na Europa, em que se pode justificar uma conduta anticoncorrencial, beneficiando-se de isenção, se produzir efeitos benéficos em outras áreas do mercado comum.³⁵

³³ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 106.

³⁴ *Idem - Ibidem*

³⁵ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 327-328

Portanto, diante do princípio de exceção, conforme exposto, observa-se que as condutas anticoncorrenciais, em análise, estariam inseridas no critério da regra da razão.

Dessa forma, de acordo com o que dispõe o Tratado, observa-se, claramente, que mesmo diante de coligações – acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas - que, em princípio, poderiam ser proibidas e nulas de pleno direito, elas poderão ser inseridas no princípio de exceção, sendo, portanto, considerado inaplicável o princípio de proibição, insculpido no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), se tais coligações trouxerem efeitos benéficos em outras áreas econômicas do mercado. Ou seja, se as coligações, que seriam, inicialmente, consideradas proibidas, conseguirem trazer para o mercado muito mais benefícios do que malefícios, elas serão consideradas válidas pelo princípio de exceção.

Em síntese, os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas, descritas no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), serão consideradas válidas se atenderem aos requisitos legais na melhora da produção ou da distribuição dos produtos, para o desenvolvimento técnico ou econômico, dentre outras vantagens, desde que as mencionadas coligações não imponham, às empresas atingidas, restrições além daquelas que sejam indispensáveis à consecução dos objetivos das mencionadas coligações – princípio da proporcionalidade entre os fins e os meios, nem possibilitem a eliminação, total ou parcial, da concorrência daquelas empresas atingidas.

Outra questão interessante a ser enfrentada é a definição da noção de empresa para que se possa determinar os limites jurídicos do artigo 101.º, tendo em vista que o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) nada diz a respeito.

Para o direito da concorrência, empresa possui uma ideia de entidade econômica autónoma que exerça qualquer atividade de oferta de bens e de serviços em um determinado mercado e, ainda, independente do modo de financiamento, conforme definido por Miguel Gorjão-Henriques.³⁶ Portanto, para o ramo do direito estudado, o conceito de empresa deve ser bastante amplo.

No mesmo sentido, conforme definido por Pedro Froufe e José Caramelo, o conceito de empresa deve abranger os artigos 101.º, 102.º e 106.º, Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), para entidades que exercem atividades econômicas, alcançando organizações formais ou informais, independente dos seus estatutos jurídicos e do modo de financiamento.

³⁶ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União**: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. 9.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 634

Apesar do citado Tratado não definir o conceito de empresa, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já o declarou.³⁷

O Tribunal de Justiça da União Europeia, conforme António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Manuel Marques, apesar de não ter definido, até hoje, de forma precisa, o conceito de empresa, vem, através de seus julgados, adotando uma noção muito ampla de empresa do que aquela adotada na clássica noção de empresa mercantil. O conceito de empresa deve ser entendido de forma ampla e, dessa forma, entende-se que o conceito não está vinculado a nenhuma forma jurídica específica nem tão pouco um fim lucrativo, podendo alcançar pessoas naturais ou coletivas, públicas ou privadas. Ou seja, o conceito de empresa alcançará todos aqueles que exerçam atividades econômicas permanentes e que tenham um mínimo de autonomia em suas decisões e comportamentos.³⁸

Com efeito, dentre vários julgados, leva-se à colação o julgado de 12 de Dezembro de 2019, no processo C-435/18³⁹, em que se discutiu a existência de cartel e a reparação pelos prejuízos por ele causado, em estavam envolvidas a *Otis GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Kone AG e ThyssenKrupp Aufzüge GmbH vs Land Oberrösterreich e o.*, dentre várias questões enfrentadas e decididas, o Tribunal de Justiça da União Europeia ratificou a seguinte posição jurisprudencial desse Tribunal.

De acordo com artigo 101.º, da Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que tem, por objetivo, a manutenção de uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno em que os preços praticados sejam jogo da livre concorrência, entende que, para proibição dos cartéis, a proteção se estenderia a todos os fornecedores e compradores que operam no mercado material e geograficamente relevante que foi atingido pelo cartel.

O conceito de empresa não deve se restringir aquele conceito clássico mercantil e empresarial. Para fins de concorrência, o conceito de empresa deve ser entendido de modo bastante amplo, pois, na presente sociedade, existem um número enorme de pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, que exercem atividades semelhantes das empresas comerciais

³⁷ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coord.) – Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União. In **Mercado Interno e Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 468

³⁸ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 329

³⁹ CVRIA – Tribunal de Justiça da União Europeia – Jurisprudência [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>.

e que, indubitavelmente, podem ter o objetivo ou podem produzir efeito de impedimento, de restrição ou de falsear a concorrência no mercado interno.

Apesar dos fundamentos apresentados, cabe informar que a noção de empresa se encontra definida no artigo 3.º da Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, atual Lei de Defesa da Concorrência de Portugal. Portanto, a noção de empresa encontra-se pacificada no âmbito do mercado português.

Por outro lado, no âmbito da União Europeia, o legislador não ofereceu uma definição legal para o termo <<empresa>> e que tal termo tem conceito jurídico indeterminado. Para se resolver esta problemática, deve se socorrer das decisões da Comissão Europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) para que se possa definir os limites do termo <<empresa>> disposto nos artigos 101.º e 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). o Tribunal de Justiça sempre dá interpretação flexível e mais ampla do conceito de empresa.⁴⁰

A tendência do Tribunal de Justiça da União Europeia, de acordo com António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Manuel Marques, é considerar que os acordos ou práticas concertadas entre empresas não estariam no âmbito de incidência do artigo 101.º, n.º 1, diante de empresas pertencentes ao mesmo grupo, na qualidade de sociedade matriz e suas filiais, na hipótese desse grupo formar uma unidade econômica, sem que as filiais gozem de autonomia para decidirem no mercado. E, ainda, que os acordos ou práticas desse grupo empresarial tenham por finalidade repartição interna de tarefas entre as empresas.⁴¹

A situação descrita acima retrata uma das exceções, pois é uma situação bastante comum no mundo empresarial. Com efeito, atualmente, grandes empresas podem ter, por conveniência comercial ou industrial, várias filiais que devem ter a mesma linha de conduta de sua empresa matriz e, portanto, é de se esperar que entre elas existam acordos e práticas concertadas. Caso contrário, poder-se-ia estar o Poder Público se imiscuindo em políticas comerciais e assuntos internos das empresas, ferindo, dessa forma, o princípio da livre iniciativa empresarial.

Por óbvio, os citados acordos e práticas concertadas devem se restringir, tão-somente, para estabelecer repartição interna de tarefas entre matriz e suas filiais. E, ainda, que estas filiais não gozem de autonomia efetiva na determinação da sua linha de ação no mercado. Portanto, estas filiais, por si só, não poderão ter o poder de causar nenhuma assimetria no mercado.

⁴⁰ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 77-78

⁴¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 329-330

No mesmo sentido, conforme Juan de Mesa, Isabel Torres e Mônica Naharro, os acordos entre a sociedade matriz e suas filiais ou entre sociedades filiais entre si não resulta da aplicação do artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), por se considerar que tais grupos fazem parte de uma única empresa, desde que as filiais careçam de autonomia econômica no mercado. Cabe complementar que a mencionada situação não será alterada mesmo que as filiais possuam personalidades jurídicas independentemente uma das outras, mas não poderão ter autonomia econômica por pertencerem a mesma unidade econômica.⁴²

O Tribunal de Justiça interpretou que as disposições legais relativas a defesa da concorrência não eram aplicáveis nos casos em que as empresas estavam ligadas as prerrogativas de controle do Estado, desenvolvendo, portanto, uma atividade não econômica. Da mesma forma, organismos que possuem atividades essencialmente sociais, *e.g.*, em âmbitos da educação e da seguridade social, também, não sofrem os efeitos das normas da concorrência por serem consideradas que não atuam em atividades econômicas. Os exemplos apresentados são, apenas, exceções da regra geral em que, para alguns casos, o Tribunal de Justiça afastou os efeitos das normas de concorrência devido a especificidade de suas atribuições que indicavam que não exerciam atividades econômicas. Cabe informar que, apesar disto, empresas públicas estão sujeitas, em nível comunitário, à aplicação do direito da concorrência, conforme se depreende do artigo 106.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).⁴³

No que tange ao conceito de <<associações de empresas>>, esta expressão significa formas de cooperação ou de coordenação entre empresas que gozem de independência jurídica, sendo necessária a coexistência dos seguintes elementos: 1. a constituição livre e consciente; 2. a igualdade dos membros; e 3. a autonomia dos associados. Portanto, conforme António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Manuel Marques, as associações de empresas podem ser definidas do seguinte modo:

“Diz assim respeito a grupos ou associações profissionais, incluindo as ordens profissionais, com ou sem personalidade jurídica, e a associações de facto ou de direito formadas por empresas. Entre estas ressaltam as resultantes de contratos sem escopo lucrativo, como os agrupamentos complementares de empresas (ACE), os agrupamentos europeus de interesse econômico (AEIE) e as empresas comuns, associações em participação, consórcios ou *joint ventures*.”⁴⁴ (Grifos no original)

⁴² MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 80-81

⁴³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 81-83

⁴⁴ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 330

As associações profissionais são as associações de empresas mais comuns. O Tratado não faz referência a nenhuma forma jurídica em especial. Dessa forma, de acordo com Juan de Mesa, Isabel Torres e Mónica Naharro, o conceito de associação de empresas deve ter caráter geral para alcançar tanto as associações sem fins lucrativos, como, também, as associações patronais e profissionais. O Tratado alcança associação de natureza privada ou pública. As associações de empresas, também, se aplicam às associações ou corporações de direito público.⁴⁵

Outra questão importante a ser enfrentada é a delimitação dos termos <<acordo>> entre empresas, <<decisões>> de associações de empresas e <<práticas concertadas>> para que se possa entender o alcance e a extensão do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Os acordos, conforme a doutrina dominante, deve ser entendido em sentido amplo. Ou seja, acordos podem abranger quaisquer formas de contratos que resultem em obrigações juridicamente vinculativas para partes. Podem ser formais ou, simplesmente, tácitos ou não assinados, acarretando restrições à liberdade de agir ou decidir autonomamente, com imposição de sanções morais e econômicas. Fazem parte, também, dos acordos, os <<*gentlemen's agreements*>>, os cartéis e até os atos preparatórios de contratos futuros.⁴⁶

Com efeito, dentre alguns julgados, leva-se a colação o julgado de 9 de Julho de 2015, no processo C-231/14P⁴⁷, em que se discutiu a repressão a acordos, decisões e práticas concertadas com o objetivo de fixação dos preços que atingiu o mercado mundial dos ecrãs de cristais líquidos (LCD), em que estavam envolvidas a *InnoLux Corp.*, *Samsung Electronics Co. Ltd*, *LG Display Co. Ltd*, dentre outras. Nos termos do artigo 101.º, do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou infração anticoncorrencial a conduta do cartel que, através de numerosas reuniões multilaterais, tinha o objetivo de fixar preços mínimos para os LCD cartelizados, de se discutir, também, as projeções de preços, evitando sua diminuição, bem como, de estabelecer os níveis de produção. Além disso tudo, o cartel verificava sobre o cumprimento de suas decisões tomadas em reuniões.

Com se vê, no caso em estudo, houve a repressão ao cartel por fixação de preços por acordos em sentido amplo que efetivamente puderam alcançar seus efeitos danosos ao mercado.

⁴⁵ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**. p. 111.

⁴⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 330

⁴⁷ CVRIA – Tribunal de Justiça da União Europeia – Jurisprudência [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2020].

Como se observa, baseados em doutrina dominante, os acordos devem ser entendidos de forma bastante ampla, alcançando acordos formais ou informais, mas que tenham o poder de impor uma conduta às partes. E, ainda, que <<*gentlemen's agreements*>>, cartéis e até mesmo atos preparatórios de contratos futuros, fazem parte, também, do conceito de acordos.

Os acordos poderão ser escritos ou orais; formais ou informais, incluindo os <<*pactos entre caballeros*>>. Estão sujeitos a proibição tanto acordos horizontais como os acordos verticais anticoncorrenciais. Os acordos horizontais ou cartéis ocorrem entre empresas concorrentes. Ou seja, os acordos horizontais ou cartéis são aqueles firmados entre empresas que atuam em uma mesma fase do processo de produção ou, então, de distribuição de bens ou serviços. Os acordos verticais ocorrem entre empresas não concorrentes, no mesmo mercado relevante, entre si, mas que se encontram em diferentes níveis na cadeia produtiva. Ou seja, os acordos verticais ocorrem entre empresas em diferentes níveis da cadeia de produção, *e.g.*, acordos anticoncorrenciais entre o fabricante e seu fornecedor. Portanto, para os citados Autores, o artigo 101.º, do Tratado, não faz nenhuma distinção entre acordos horizontais e verticais, desse modo, o mencionado artigo alcança ambos os acordos.⁴⁸

As decisões de associações de empresas se dão da mesma forma que os acordos entre empresas. As decisões capazes de violarem a concorrência alcançam, também, as associações públicas, *e.g.*, as ordens profissionais, como dos advogados, dos arquitetos, dos técnicos oficiais de contas, dentre outros, associações desportivas, como a FIFA ou UEFA, dentre outras, quando as atividades forem de índole econômica.⁴⁹

Dessa forma, observa-se, que para os citados Autores, as decisões de associações de empresas se dão da mesma forma que os acordos entre empresas, bastando que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Para efeito da defesa da concorrência, as decisões consideradas podem ser, também, de associações públicas, tais como, ordens profissionais, associações desportivas dentre outras.

O artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), decisões de associações de empresas possuem efeitos análogos aos contratos de acordo com Juan de Mesa, Isabel Torres e Mónica Naharro. Os citados Autores informam que o Tribunal de Justiça tem entendido, também, como decisões, as meras recomendações mesmo desprovidas de

⁴⁸ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 110.

⁴⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 331

obrigatoriedade quando tais recomendações são capazes de influenciar as empresas destinatárias nas suas atividades comerciais e se isto afetar a concorrência.⁵⁰

Pela dificuldade em oferecer uma noção precisa a respeito de práticas concertadas, o conceito pode ser formulado por exclusão como comportamentos que não se exigem acordos ou decisões conjuntas formalizados por relações jurídicas entre as partes. Exige-se, portanto, algo a mais do que meras condutas idênticas, mesmo conscientes, ou, então, algo a mais do que comportamentos paralelos, no mercado, para os seus partícipes. Com efeito, tais comportamentos poderiam surgir, *e.g.*, diante de uma grande empresa que impusesse uma política de preços às demais empresas ou, então, diante de um mercado oligopolista que as empresas concorrentes deste mesmo mercado acabariam, conscientemente, uniformizando comportamentos que, diante desta hipótese, por si só, não estaria caracterizada a prática concertada.⁵¹

Os comportamentos descritos nos exemplos oferecidos, apesar de não estarem caracterizados como práticas concertadas, poderão, se configuradas condutas anticoncorrenciais, ser enquadradas em outras figuras jurídicas de proteção da concorrência, conforme serão analisadas mais adiante em tempo oportuno.

Portanto, em síntese, devem ser excluídos do conceito de práticas concertadas todo acordo ou decisão que possam criar laços jurídicos entre as partes ou, então, condutas idênticas ou comportamentos paralelos, em um mercado, destituídos da vontade de agir em conjunto. Também, não importam em práticas concertadas quando uma empresa, que possa exercer posição dominante no mercado, imponha políticas de preço ou outra condição da oferta ou, ainda, em um mercado oligopolista, as empresas dele pertencentes possam uniformizar comportamentos. Ou seja, diante desta imensa gama de condutas, os Autores consideram que elas não seriam capazes de serem inseridas como práticas concertadas.

Após excluir uma série de comportamentos não pertencentes às práticas concertadas, ao final, é afirmado que, para ser observada tais práticas, necessário seria que o comportamento paralelo seja resultado de uma cooperação ou concertação entre empresas de forma consciente. É a adoção consciente do ilícito da cooperação ou concertação entre empresas sem que haja a necessidade de realização de uma convenção propriamente dita.⁵²

⁵⁰ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 111.

⁵¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 331-332

⁵² *Idem* – *Op. Cit.* p. 332

As práticas concertadas englobam todas as condutas que não se enquadram em acordos em sentido estrito nem em decisões de associações de empresas de acordo com Juan de Mesa, Isabel Torres e Mónica Naharro. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vem exigindo a concorrência de dois elementos para que se possa considerar a existência de uma prática concertada: 1. Exista uma conduta anticoncorrencial entre duas ou mais empresas que seja coincidente ou paralela, *e.g.*, elevação simultânea dos preços pelas empresas; e 2. A conduta anticoncorrencial deve ter um elemento intencional de coordenação entre as empresas envolvidas. Dessa forma, não basta que haja um comportamento meramente paralelo ou idêntico para que se possa afirmar sobre a existência de prática concertada. Será necessário que a atuação das empresas seja consciente.⁵³

Pela definição adotada acima para práticas concertadas, observa-se que a mencionada definição é bastante próxima dos acordos entre empresas, carecendo que seja melhor entendida o que seja coordenação. Portanto, para dar maior clareza ao assunto, os citados Autores afirmam que a coordenação entre empresa não deve levar a realização de um acordo propriamente dito. A conduta decorreria de cooperação prática e consciente das empresas, sendo nociva a concorrência.⁵⁴

Desse modo, a coordenação não impõe a existência de um prévio contrato ou acordo entre as empresas envolvidas. Para a caracterização de prática concertada, basta, apenas, que a conduta seja anticoncorrencial e que tais empresas estejam conscientes de suas ações, não bastando, portanto, uma conduta coincidente ou paralela.

O artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), regulamenta e reprime o exercício abusivo da posição dominante que uma ou mais empresas podem exercer no mercado interno ou em uma parte substancial deste. Cabe informar que o abuso da posição dominante no mercado pode afetar a concorrência, cabendo, portanto, o sistema jurídico de defesa da concorrência reprimir tais abusos.

Cabe informar que a posição dominante é aferida no mercado relevante que pode ser analisado sob os aspectos geográfico e de produtos ou serviços. De acordo com a Comunicação de 1997, da Comissão, de modo resumido, o sentido geográfico é o espaço onde as empresas fornecem seus produtos e serviços. É o espaço onde que se verifica a concorrência. No que

⁵³ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 112.

⁵⁴ *Idem – Ibidem*. Tradução livre do Autor: “Contempla uma forma de coordenação em que empresas que, sem ter chegado a realização de um acordo propriamente dito, substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma prática entre elas, cooperação que resulta em condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado.”

tange ao sentido de produtos e serviços, compreendem todos os produtos e serviços que podem ser permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida. Ou seja, tais produtos e serviços devem ser considerados dentro daquele espaço geográfico.⁵⁵

A proibição do artigo 102.º é geral e absoluta, pois de modo diferente do que ocorre no artigo 101.º, a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado não existe qualquer possibilidade de ser considerada válida. A noção de abuso de uma posição dominante é, em si mesma, contrária a qualquer ideia de trazer vantagens para o mercado atingido.⁵⁶

A primeira dificuldade no trato desse assunto é, justamente, interpretar o termo posição dominante, que é um termo bastante aberto, para que se possa entender em quais situações, diante do caso concreto, estariam as empresas sujeitas às penalizações, tendo em vista que o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) não define o mencionado termo.

O conceito de posição dominante é entendido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como o poder que tem um agente econômico em adotar atitudes independentes de seus concorrentes e consumidores que deveriam ser analisadas sob dois aspectos: definição do mercado relevante, conforme já analisado anteriormente, e análise dessas empresas neste mercado.⁵⁷

Devido a esta problemática, pode-se dizer que o termo posição dominante tem sido entendido à luz da prática administrativa da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como uma interpretação teleológica e sistemática, levando-se em conta o conhecimento e a experiência em outras áreas do saber humano.⁵⁸

A existência da posição dominante não importa na existência de um monopólio ou quase-monopólio até porque esta posição pode coexistir com determinado nível de concorrência. O critério de determinação de posição dominante deve estar conjugado com a estrutura do mercado. A ausência de concorrência efetiva ou a detenção de fatias de mercado em percentual alto (70 a 80%) é, em regra, um indício claro da existência de posição dominante.⁵⁹

⁵⁵ GOMES, José Luís Caramelo – **Lições de Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 198.

⁵⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 342-343

⁵⁷ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coord.) – **Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União**. In **Mercado Interno e Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2016.

⁵⁸ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 344

⁵⁹ *Idem - Ibidem*

Com relação ao assunto em análise, o Tribunal Geral, no processo T-827/14⁶⁰, em 13 de Dezembro de 2018, teve a oportunidade de julgar uma questão que envolvia abuso de posição dominante.

Com efeito, em resumo, a *Deutsche Telekom AG*, que era uma das partes do processo, era o operador histórico de telecomunicação na Alemanha e possuía, também, uma participação de 51% no capital da *Slovak Telekom, a.s.*, que era o operador histórico de telecomunicação na Eslováquia. O restante do capital da *Slovak Telekom* era detido pelo Ministério da Economia da República Eslovaca, em 34%, e pelo Fundo do Patrimônio Nacional da República Eslovaca, em 15%.

Ocorre que foram consideradas práticas anticoncorrenciais, no mercado eslovaco dos serviços de internet de alto débito, as condições estabelecidas pela *Slovak Telekom* para o acesso ao lacete local de cobre por outros operadores, na Eslováquia, entre 2005 e 2010.

O lacete local é um circuito físico com condutores metálicos necessário para que os operadores concorrentes pudessem prestar os mesmos serviços. Ou seja, portanto, tratava-se de um monopólio legal.

Diante da questão posta, o Tribunal considerou infração ao artigo 102.º, do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia, por estar caracterizado o abuso de posição dominante.

Importante é a observação a respeito da posição dominante prevista no artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Não basta, apenas, que haja a aquisição de posição dominante para que ocorra a repressão da defesa da concorrência. O que o citado Tratado reprime é a abusividade da posição dominante, pois esta é que seria nociva à concorrência. Para os Autores, a União Europeia não se opõe nem condena o crescimento interno ou externo das empresas de forma lícita.⁶¹

Por óbvio, a proibição não recai, simplesmente, porque uma empresa possui certa posição dominante no mercado. Esta posição dominante começa a ser relevante para defesa da concorrência quando ela é exercida abusivamente, pois tal facto passa a ser nocivo à concorrência. Entretanto, sendo o crescimento econômico/financeiro de uma empresa decorrente de seus próprios méritos, isto é muito importante para o desenvolvimento econômico de um país.

⁶⁰ CVRIA – Tribunal de Justiça da União Europeia - Jurisprudência [Em linha].

⁶¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 346

De modo semelhante, para análise do artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), necessário seria verificar a existência de uma posição de domínio de uma empresa em um mercado relevante; verificar se a empresa pode, realmente, abarcar uma parte substancial do mercado interior; se houver a posição de domínio, a empresa estaria, efetivamente, abusando dessa posição ou a sua conduta poderia ser justificada, objetivamente, com base na geração de eficiências; e, ainda, se o eventual abuso observado seria suscetível de afetar o mercado comum europeu.⁶²

Portanto, como se observa, são apresentadas as principais preocupações a serem analisadas para que se possa chegar à conclusão se a eventual conduta de uma empresa estaria ou não inserida na conduta proibida descrita no citado artigo em análise.

Dos fundamentos apresentados, observa-se que, para melhor entendimento do alcance e da profundidade do artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), necessário seria definir os conceitos de posição dominante e de abuso.

A posição dominante em um mercado pode ser exercida por uma empresa ou por várias ao mesmo tempo, sendo que, nesta hipótese, é chamada de posição de domínio coletiva. A posição dominante confere à empresa a possibilidade de condicionar parâmetros distintos da concorrência, tais como, alterar o preço, a oferta, a inovação, a qualidade dos bens e serviços, dentre outros parâmetros, que acabam por prejudicar a concorrência como um todo.⁶³

Outro aspecto interessante a ser enfrentado é, justamente, determinar em quais situações se poderia afirmar que uma determinada empresa estaria ou não em uma posição dominante no mercado.

De acordo com Juan de Mesa, Isabel Torres e Mónica Naharro, com respaldo na jurisprudência do Tribunal de Justiça, se determina se uma empresa se encontra em uma posição dominante, através de sua quota no mercado. No que tange ao assunto em discussão, baseando-se em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, em geral, pode-se concordar que, dificilmente, uma empresa teria uma posição dominante se possuísse uma quota de mercado inferior a 10% e, também, seria improvável ter aquela posição diante de uma quota compreendida entre 20% e 40%. Entretanto, quotas de mercado muito elevadas, conforme o Tribunal de Justiça, podem constituir provas, salvo circunstâncias excepcionais, da existência

⁶² MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**, p. 214.

⁶³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 215-217

de uma posição dominante, citando o caso da *AKZO CHEMIE* que se considerou que poderia possuir uma posição de domínio por ser detentora de uma quota de 50% do mercado.⁶⁴

As decisões do Tribunal de Justiça, no que se refere a determinação da quota de mercado que uma empresa para que se possa ser considerada em uma posição dominante no mercado, não são pacíficas. Apesar da quota de mercado ser um critério para se determinar se uma empresa assume ou não uma posição de domínio, tal critério, apenas, permite que se tenha uma ideia dessa posição. Com efeito, quota muito elevada poderá ser, de início, indicativa de uma posição de domínio, mas nem sempre isto será verdadeiro, devendo, portanto, a questão ser mais bem analisada. Não existe um limite de quota de mercado que possa determinar, com precisão, se uma determinada empresa assume ou não uma posição de domínio. Portanto, a quota de mercado de uma empresa deve ser analisada em conjunto com outras circunstâncias do mercado para que se possa avaliar a real posição da mencionada empresa.

No que tange ao aspecto do abuso, conforme já fundamentado, a posição dominante no mercado relevante de uma empresa ou um grupo de empresas, apenas por tal posição, não determina o abuso. Uma empresa ou um grupo de empresas poderá exercer uma posição de domínio sem que haja qualquer abuso. Posição dominante não é, de início, uma situação reprovável.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça indica que, para caracterização do abuso, não seria necessário que a empresa tenha conhecimento da natureza abusiva de sua conduta nem tenha a intenção de prejudicar a concorrência. Neste sentido, não seriam pertinentes alegações relativas a falta de intenção ou de conhecimento que a mencionada conduta resultaria na concorrência. Portanto, para o Tribunal de Justiça, toda prática ou conduta seria abusiva quando se afastasse dos meios que regem uma concorrência normal.⁶⁵

As empresas que, por seus próprios méritos, exercem uma posição dominante no mercado não seria lícito fazer tudo aquilo que fazem seus concorrentes. Ou seja, pela jurisprudência, a empresa, que possui uma posição dominante no mercado, teria que ter a responsabilidade de não impedir a efetiva concorrência em decorrência de sua conduta. Portanto, uma empresa que esteja em uma posição de domínio no mercado pode estar obrigada a não adotar uma prática ou conduta que seria, plenamente, lícita se não estivesse naquela posição dominante.⁶⁶

As práticas abusivas, expressamente, nomeadas no artigo 102.^o, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), não são exaustivas, apenas, meramente,

⁶⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 218.

⁶⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 225-226

⁶⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 226.

exemplificativas. Das condutas abusivas nomeadas, pode-se citar a imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições não equitativas; a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico; a aplicação, aos parceiros comerciais, de condições desiguais, colocando-os em desvantagem na concorrência; e a subordinação de celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares que não tem qualquer ligação com o objeto desses contratos.

Ao realizar o confronto das condutas ilícitas do artigo 101.º e do artigo 102.º, do Tratado, observa-se que pode haver condutas que sejam iguais, *e.g.*, as do artigo 101.º, n.º 1, *e*) e do artigo 102.º, n.º 2, *d*). Ou seja, na hipótese, estar-se-ia falando da venda casada que pode surgir de um conluio entre empresas ou, então, do abuso de uma posição dominante de uma empresa. Em realidade, poderá haver um determinado número de condutas ilícitas que poderão, também, se ajustar tanto no conluio como no abuso da posição dominante, mas que, em face disto, deverão ser analisadas para se verificar em qual dos citados artigos se adequam.

A prática antitruste que trata das concentrações não será analisada nesta dissertação por escapar do escopo da investigação.

Neste tópico, foi analisada, juridicamente, como a União Europeia realiza a defesa da concorrência na proteção do mercado interno, sem que venha afetar a soberania dos Estados Membros.

Na análise realizada, foram enfrentadas questões da defesa da concorrência da União Europeia que envolvessem, apenas, as diversas coligações de empresas e o abuso da posição dominante que pudessem afetar a concorrência do mercado comum europeu, tendo em vista que tais assuntos fazem parte, também, do escopo dessa dissertação.

1.3. Mercosul

1.3.1. Breve histórico e o sistema organizacional atual do Mercosul

O interesse de projetos de integração regional é antigo, mas que sempre foi palco de fracassos. Isto decorre dos fatores de ordem econômica, cultural, política e também de natureza jurídica que são distintos entre os países da América do Sul.⁶⁷

A integração dos países pertencentes ao bloco econômico é cada vez mais importante para o fortalecimento econômico, aumentando o comércio intra e extrabloco. Na América Latina, a principal integração econômica é o Mercosul. Apesar disto, o Mercosul possui apenas quatro Estados Partes efetivos até a presente data. Ou seja, os Estados Partes efetivos são a

⁶⁷ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 482

República da Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Para os citados Autores, ainda, existem mais seis Estados associados que são Bolívia, Chile, Peru, Colômbia, Equador e Venezuela. Em Outubro de 2005, a Venezuela solicitou sua inclusão formal no Mercosul, através do Protocolo de Adesão da Venezuela que, apenas, foi assinado em Julho de 2006. Apesar disto, a Venezuela não faz parte, oficialmente, do Mercosul, pois, ainda, está pendente a aprovação dos Congressos Nacionais do Brasil e do Paraguai. Os Congressos da Venezuela, da Argentina e do Uruguai já aprovaram a adesão.⁶⁸

Portanto, se os blocos econômicos surgem com o objetivo do fortalecimento econômico entre os diversos países, de forma a aumentar o comércio intra e extrabloco, então, é de se esperar que o bloco econômico promova a defesa da concorrência para que tais objetivos possam ser alcançados. Desta forma, torna-se indispensável a análise da defesa da concorrência que é adotada em cada um dos blocos econômicos.

O Mercosul, Mercado Comum do Sul, com a integração entre os países sul-americanos, começou, efetivamente, a ser desenhada com o Tratado de Assunção, de 26 de Março de 1991. Ocorre que o mencionado Tratado foi modificado, parcialmente, pelo Protocolo de Ouro Preto, datado de 17 de Dezembro de 1994. Uma das importantes modificações foi, justamente, conferir personalidade jurídica internacional ao Mercosul. Este Protocolo definiu, ainda, que a tomada de decisões do Mercosul é sempre por consenso e que o Mercosul possui uma estrutura orgânica intergovernamental, pois são os governos que negociam entre si, inexistindo, portanto, órgãos supranacionais. Dessa forma, no âmbito do Mercosul, não existe a possibilidade de uma decisão ocorrer por voto majoritário.⁶⁹

Apesar de ser considerado que o Mercosul começou a ser desenhado a partir do Tratado de Assunção de 1991, o início do processo de formação da atual integração econômica, de acordo com Argemiro Brum, Débora Petry e Karina Zingler, foi em 1985 em Foz do Iguaçu, quando o Brasil e a Argentina assinaram uma declaração de intenções de política externa, preparando os empreendimentos práticos de cooperação.⁷⁰

⁶⁸ BRUM, Argemiro Luís; PETRY, Débora Cristina; ZINGLER, Karine Daiane – **A ampliação do Mercosul e as negociações bilaterais com a União Europeia**. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 51-61

⁶⁹ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. p. 468-470

⁷⁰ BRUM, Argemiro Luís; PETRY, Débora Cristina; ZINGLER, Karine Daiane – **A ampliação do Mercosul e as negociações bilaterais com a União Europeia**. p. 53

Em realidade, a Declaração de Iguazu não está, atualmente, em vigor. De qualquer forma, isto indica que o Mercosul tem seu marco inicial através de uma iniciativa conjunta do Brasil e da Argentina.

O Tratado de Assunção teve, como Estados Partes, a República Federativa do Brasil, a República da Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. O citado Tratado foi aprovado pelo Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 197, de 25 de Setembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 350, de 21 de Novembro de 1991.

O Protocolo de Ouro Preto⁷¹ teve, como Estados Partes, a República Federativa do Brasil, a República da Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. O citado Protocolo foi aprovado pelo Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 188, de 18 de Dezembro de 1995, e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 1.901, de 9 de Maio de 1996.

Durante a X Reunião de Cúpula do Mercosul, em San Luis, Argentina, em Junho de 1996, foi assinado o Acordo de Livre Comércio entre o Mercosul e o Chile, que passa a ser membro-associado do agrupamento regional. Em Dezembro de 1996, em Fortaleza, Brasil, foram firmados os entendimentos, visando à conformação de uma Área de Livre Comércio entre o Mercosul e a Bolívia.⁷²

As normas do Mercosul não têm aplicação diretamente em seus países membros. Os Estados Partes devem se comprometer em adotar medidas para incorporação daquelas normas aos seus ordenamentos jurídicos nacionais. O reconhecimento da personalidade jurídica de direito internacional do Mercosul dá a oportunidade deste bloco econômico ser sujeito de direito e de obrigação distinto dos países que o integram.⁷³

Neste mesmo sentido, pode se afirmar que não tem aplicação direta das normas do Mercosul pelos Estados Partes. A capacidade da aplicação das normas do Mercosul pelos Estados Partes, conforme Fernando Aguillar, poderá ocorrer na medida em que haja o avanço à plena integração comunitária. Diante desta possibilidade, questões jurídicas relevantes poderão surgir como a sujeição das normas constitucionais às normas comunitárias e, ainda, a preocupante prevalência do Poder Executivo em relação aos demais poderes constituídos, tendo em vista a presença de representantes do governo nos órgãos deliberativos e executivos do Mercado Comum.⁷⁴

⁷¹ DECRETO n.º 1.901, de 09 de Maio de 1996 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm

⁷² AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 469

⁷³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 470

⁷⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 494

As informações acima são de fundamental importância para o desenvolvimento das pesquisas deste trabalho. Com efeito, apesar de existir uma legislação própria do Mercosul decorrente dos Tratados, Protocolos e de outros instrumentos jurídicos, a citada legislação não divide competência com a legislação interna de cada Estado Membro. Ou seja, cada Estado Membro deve observar, apenas, a sua legislação interna, muito embora, se comprometa em adotar medidas internas no sentido de incorporar as normas do Mercosul ao ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, a obrigatoriedade é no cumprimento do ordenamento jurídico de cada país, sendo certo que a não incorporação das normas do Mercosul ao ordenamento jurídico de um Estado Parte constitui-se em um mero descumprimento das normas do Mercosul pelo citado Estado.

Na hipótese brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil não faz menção a supra-nacionalidade ou à ordem jurídica comunitária, bem como, não hierarquiza normas, especialmente, entre normas internacionais e nacionais. Portanto, enfrentar esta questão não seria tarefa fácil, pois poderia incidir em inconstitucionalidade sob a visão atual daquela Constituição.⁷⁵

A questão posta acima estaria superada para o Paraguai, tendo em vista que é o único Estado Parte do Mercosul que sua Constituição Nacional, de 1992, admite, expressamente, uma ordem jurídica supranacional, como também dedica alguns artigos às relações exteriores. Apesar de ser este tema bastante importante e empolgante, deixa-se de ser aprofundado no presente trabalho por não estar contido em seu escopo.⁷⁶

Outro aspecto importante é que o Mercosul possui uma estrutura intergovernamental, não possuindo, portanto, órgãos supranacionais, apesar de ser reconhecida como uma personalidade jurídica de direito internacional, conforme dispõe o artigo 34, do Protocolo de Ouro Preto. Desse modo, as decisões tomadas pelo Mercosul resultam, sempre, de decisões negociadas entre os governos dos Estados Partes. As decisões no Mercosul são sempre por consenso, não havendo a possibilidade de serem por voto majoritário.

De facto, o artigo 37, do Protocolo de Ouro Preto, prevê que as decisões dos Órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes.

Com efeito, o artigo 38, do Protocolo de Ouro Preto, prevê que os Estados Partes se comprometem a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos Órgãos do Mercosul. Neste mesmo

⁷⁵ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 213

⁷⁶ *Idem - Ibidem*

sentido, o artigo 2º, do citado Protocolo, preconiza que o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul são Órgãos do Mercosul com capacidade decisória, de natureza intergovernamental. Os citados Órgãos serão analisados mais adiante.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o artigo 40, inciso I, do citado Protocolo, prevê que, uma vez aprovada a norma do Mercosul, os Estados Partes adotarão medidas necessárias para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul. No inciso II, do mencionado artigo, preconiza que, quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o facto a cada Estado Parte. No inciso III, preconiza que as normas do Mercosul entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes trinta (30) dias após a comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do inciso II.

O artigo 1.º, do Protocolo, elenca, como Órgãos da estrutura institucional do Mercosul, os seguintes: I. O Conselho do Mercado Comum (CMC); II. O Grupo Mercado Comum (GMC); III. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); V. O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); e VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Dos Órgãos nomeados, apenas, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul possuem capacidade decisória (artigo 2.º, do Protocolo).

O Conselho do Mercado Comum (CMC) é o Órgão superior do Mercosul incumbido da condução política do processo de integração e da tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção. Cabe ao Conselho velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito. Cabe, também, exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul, dentre outras atribuições previstas no Protocolo. Este Conselho é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes. O Conselho do Mercado Comum está normatizado nos artigos 3.º ao 9.º, do Tratado de Ouro Preto.

O Grupo Mercado Comum (GMC) é o Órgão executivo do Mercosul. O Grupo é integrado por quatro membros titulares e quatro membros substitutos por país, dentre os quais devem, necessariamente, constar representantes do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Economia e do Banco Central. Cabe ao Grupo velar, nos limites de suas

competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum (CMC); tomar medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum (CMC); dentre outras atribuições. O Grupo Mercado Comum (GMC) está normatizado nos artigos 10 ao 15, do Tratado de Ouro Preto.

A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) é o Órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum (GMC), competindo-lhe velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum. A Comissão é composta por quatro membros titulares e quatro membros substitutos por cada Estado Parte. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) está normatizada nos artigos 16 ao 21, do Tratado de Ouro Preto.

A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) é o Órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Partes. A Comissão Parlamentar é composta por igual número de parlamentares representantes dos Estados Partes que são indicados pelos respectivos Parlamentos nacionais. Está normatizada nos artigos 22 ao 27, do Tratado de Ouro Preto.

O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) é o Órgão de representação dos setores econômicos e sociais. Será integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. Terá função consultiva e se manifesta mediante Recomendações ao Grupo Mercado Comum (GMC). Está normatizado nos artigos 28 ao 30, do Protocolo de Ouro Preto.

A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM) é o Órgão de apoio operacional, tendo sede permanente na Cidade de Montevideu. Esta Secretaria desempenha as atividades de servir como arquivo oficial da documentação do Mercosul; de realizar a publicação e a difusão das decisões do Mercosul; dentre outras. Está normatizada nos artigos 31 ao 33, do Protocolo de Ouro Preto.

O Tratado de Assunção e, ainda, o Protocolo de Ouro Preto não tratam de uma importante questão que é, justamente, a solução de controvérsias que ocorram no âmbito do Mercosul.

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul teve dois períodos em que foram adotadas sistemáticas diferentes. O primeiro período iniciou com a vigência do Protocolo de Brasília, de 1991, através de um sistema simples de arbitragem. Com o advento do Protocolo de Olivos, de 18 de Fevereiro de 2002, e, portanto, com a revogação daquele Protocolo, surgiu um novo sistema mais elaborado. Na nova sistemática, criou-se, além do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, com três (3) árbitros, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, estabelecido em Assunção, Paraguai, com cinco (5) árbitros permanentes.⁷⁷

⁷⁷ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 473

O Protocolo de Olivos⁷⁸ foi aprovado, no Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 712, de 14 de Outubro de 2003, e, promulgado, através do Decreto Presidencial n.º 4.982, de 9 de Fevereiro de 2004.

O artigo 4.º, do Protocolo, prevê que, em caso de controvérsia, os Estados Partes deverão procurar resolvê-la, inicialmente, mediante negociação direta. Se dessa negociação não resultarem em acordo ou, então, se a controvérsia for solucionada em parte, qualquer dos Estados Partes envolvido no conflito poderá iniciar diretamente o procedimento arbitral. Sem prejuízo deste procedimento, os Estados Partes envolvidos no conflito poderão, em comum acordo, submeter a questão litigiosa à consideração do Grupo Mercado Comum (GMC) que formulará recomendações, visando a solução da divergência.

Se a controvérsia, ainda, persistir mesmo diante das negociações diretas e, ainda, diante da intervenção do Grupo Mercado Comum (GMC), qualquer dos Estados Partes poderá requerer o procedimento pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, através da Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). O procedimento a ser adotado pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* encontra-se normatizado nos artigos 9.º ao 16, do Protocolo de Olivos.

Se qualquer dos Estados Partes não ficar satisfeito com o laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, poderá apresentar, dentro do prazo legal, recurso de revisão do mencionado laudo ao Tribunal Permanente de Revisão, cujo procedimento encontra-se insculpido nos artigos 17 ao 24, do Protocolo de Olivos.

Apesar da significativa evolução nos procedimentos do Tribunal Arbitral, de acordo com Fernando Aguillar informa, os Estados Partes, frequentemente, preferem resolver seus conflitos através de outros foros internacionais. Um conflito, por exemplo, recente conflito entre o Uruguai e Argentina que foi solucionado por outra corte internacional, conforme se afirma a seguir:

“Ainda é usual entre os países-membros apresentar suas reclamações perante outros foros internacionais. O recente caso do conflito entre Uruguai e Argentina sobre as fábricas de papel uruguaias instaladas na fronteira entre ambos os países, a chamada guerra das papelarias, é objeto de arbitragem perante a Corte Internacional de Justiça. O estudo da jurisprudência dos tribunais arbitrais do Mercosul é, portanto, ainda bastante limitado. Há dez casos decididos na vigência do Protocolo de Brasília e sete sob o Protocolo de Olivos (2 do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* e 5 do Tribunal Permanente de Revisão). A influência da Corte de Justiça europeia tem sido notável nas decisões adotadas até o presente.”⁷⁹

⁷⁸ DECRETO n.º 4.982, de 9 de Fevereiro de 2004 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/Decreto/D4982.htm

⁷⁹ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 474

Com efeito, os tribunais arbitrais do Mercosul, que se destinam a dar solução aos conflitos que ocorrem no mencionado bloco econômico, sempre tiveram uma atuação bastante tímida por haver baixa procura dos Estados Partes que, por vezes, preferem submeter suas divergências a outros tribunais internacionais.

Devido a isto, os tribunais arbitrais do Mercosul não possuem uma jurisprudência firme capaz de nortear as soluções de eventuais controvérsias bem como uniformizar condutas no âmbito do Mercosul.

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul, adotado, inicialmente, pelo Protocolo de Brasília, de 1991 até 2004, e, depois, pelo Protocolo de Olivos, de 2004 até a presente data, nunca impôs aos Estados Partes que resolvessem seus conflitos ocorridos no Mercosul através dos tribunais arbitrais pertencentes ao mencionado bloco econômico.

As análises procedidas no presente tópico dão uma ideia de como os Estados Partes se inserem no contexto do Mercosul, especialmente, no que tange às questões jurídicas que se distanciam bastante da União Europeia. Diante das análises apresentadas, será possível enfrentar a questão da defesa da concorrência do Mercosul que será analisada no próximo tópico.

1.3.2. Defesa da concorrência no âmbito do Mercosul

Neste tópico, serão analisadas as questões relativas à defesa da concorrência no âmbito do Mercosul de sorte a verificar como que, juridicamente, o mencionado bloco econômico trata o assunto, na proteção do mercado comum, diante dos diversos Países que fazem parte do Mercosul, levando-se em consideração as análises já realizadas no tópico anterior.

Observa-se que os blocos econômicos, especialmente, a União Europeia e o Mercosul, que são assuntos que interessam ao escopo da presente dissertação, surgem, em última análise, para promover a sua integração econômica, visando o fortalecimento econômico dos Estados Partes com o aumento do comércio em seus respectivos mercados comuns e, também, em mercados extrablocos.

Dessa forma, conforme já analisado, a ideia da formação do bloco econômico da América do Sul surgiu, em 1985, com a iniciativa do Brasil e da Argentina com a Declaração de Iguazu.

Entretanto, foi com o Tratado de Assunção, de 1991, que começou a ser desenhado, efetivamente, um Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), conforme previsto em seu artigo 1.º, tendo, como Estados Partes iniciais, a República da Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Neste mesmo dispositivo

legal, foi decidido que o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) deveria estar estabelecido a partir de 31 de Dezembro de 1994.

Apesar de o citado Tratado preconizar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países e, ainda, preconizar a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, dentre outros, com o objetivo de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, o citado Tratado nada normatizou, especificamente, questões relativas a defesa da concorrência.

Apesar do advento do Tratado de Ouro Preto, de 17 de Dezembro de 1994, que introduziu importantes alterações no Tratado de Assunção, conforme já analisado no tópico anterior, a situação anterior não se alterou. Ou seja, a normatização específica de questões relevantes à defesa da concorrência continuou silente no Mercosul.

Com isto, no âmbito do Mercosul, não havia regras que pudessem proteger o Mercado Comum em face do abuso de posição dominante e de coligações entre empresas que pudessem restringir, eliminar ou distorcer a livre concorrência, bem como, auxílios concedidos pelos Estados que possam, também, afetar a liberdade da concorrência, prejudicando, dessa forma, as empresas envolvidas e, ainda, a economia dos próprios Estados Partes.

Com o objetivo de suprir a ausência mencionada, surgiu o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul que foi assinado em Fortaleza, em 17 de Dezembro de 1996. O citado Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 15 de Fevereiro de 2000 e promulgado através do Decreto n.º 3.602, de 18 de Setembro de 2000. O Protocolo de Fortaleza⁸⁰ foi assinado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai.

O Protocolo de Fortaleza tinha, por objeto, a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, alcançando atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado que produzam ou que possam produzir efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e, ainda, no âmbito do comércio entre os Estados Partes.⁸¹

⁸⁰ DECRETO n.º 3.602, de 18 de Setembro de 2000 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3602.htm

⁸¹ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. p. 215

Após, surge o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul⁸², que substituiu o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (1996), que foi assinado pelos Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai.

O Projeto de Decreto Legislativo n.º 81, de 2016, que aprova o texto do Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinado em Foz de Iguazu, em 16 de Dezembro de 2010, informa que o motivo da revogação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, promulgado pelo Decreto n.º 3.602, foi com o objetivo de aperfeiçoar os instrumentos comuns para preservar e promover a livre concorrência no âmbito do Mercosul. A constante melhoria do sistema normativo sobre a concorrência é uma necessidade devido a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes. Dessa forma, a cooperação dos Estados Partes no que tange às questões de concorrência contribui para o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção de 1991.

Ainda, no que se referem aos instrumentos normativos da defesa da concorrência no Mercosul, foi firmado, pela República Federativa do Brasil e pela República Argentina, o Acordo de Cooperação entre ambos os Estados relativa à cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência e de suas Leis da Concorrência, em Buenos Aires, em 16 de Outubro de 2003. O citado Acordo de Cooperação, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto n.º 8.338, de 13 de Novembro de 2014.

O Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina é um importante instrumento jurídico em defesa da concorrência no Mercosul, pois prevê a cooperação das Autoridades de Concorrência dos dois Estados signatários, com o objetivo de aplicação de suas leis de concorrência.

O sistema normativo apresentado representa algumas das principais normas jurídicas do Mercosul que tratam do assunto de defesa da concorrência no âmbito do Mercado Comum.

O artigo 1.º, do Tratado de Assunção, preconiza que os Estados Partes se comprometem em harmonizar suas legislações que alcança, também, a área da concorrência. Entretanto, o citado Tratado não preconiza quais critérios que deverão ser adotados para tal harmonização legislativa. Desta forma, de modo diferente da União Europeia, o Mercosul não possui um

⁸² DECRETO n.º 8.338, de 13 de Novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/D8338.htm

Tratado, ou Constituição Econômica para o Mercado Comum, que seja soberano nos Estados Partes.⁸³

No atual Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, em seu artigo 1.º, é previsto que este Acordo tem por objetivos, além de outros, promover a cooperação e a coordenação entre os Estados Partes no que se refere à aplicação das leis nacionais da concorrência no âmbito do Mercosul e combater as práticas anticompetitivas pela aplicação das respectivas leis da concorrência.

Para que o assunto acima ficasse bastante claro, o mencionado Acordo, em seu artigo 2.º, nomina, especificadamente, a Lei ou as Leis da Concorrência, de cada um dos Estados Partes, que estavam vigentes na época da assinatura do Acordo. Na hipótese brasileira, foi citada a Lei n.º 8.884⁸⁴, de 11 de Junho de 1994, que foi revogada com o advento da Lei n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Neste mesmo artigo, também, são nominadas as Autoridades da Concorrência de cada Estado Parte, sendo que, na hipótese brasileira, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Apesar do artigo 2.º, do citado Acordo, ser silente na determinação da Autoridade da Concorrência do Mercosul, o artigo 4.º preconiza que o órgão competente em matéria de concorrência, no Mercosul, é o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência – CT N.º 5, no âmbito da Comissão de Comércio do Mercosul.

Como se observa, o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, que é o órgão competente em matéria de concorrência, no Mercosul, encontra-se inserido na Comissão de Comércio do Mercosul que é um dos órgãos pertencente a estrutura institucional do Mercosul com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, nos termos do artigo 2.º, do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de Dezembro de 1994.

O artigo 2.º, do citado Acordo, ainda, define, para efeitos deste instrumento legal, o que são práticas anticompetitivas e concentração econômica, dentre outras definições.

Por práticas anticompetitivas, entende-se que significa qualquer conduta definida, como anticoncorrencial, sujeita à imposição de sanções, nas leis da concorrência dos Estados Partes.

Por concentração econômica, entende-se que significa qualquer transação econômica ou ato, conforme definido na legislação da concorrência dos Estados Partes.

⁸³ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. p. 214

⁸⁴ LEI n.º 8.884, de 11 de Junho de 1994 [Em linha]. [Consult. 5 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm

Como se observa, o sistema jurídico de defesa da concorrência do Mercosul segue o mesmo sistema que é adotado para outros assuntos de interesse do Mercosul. Ou seja, a defesa da concorrência no Mercosul é realizada através de leis nacionais dos Estados Partes, na forma como preconizado nos Tratados, sendo certo que cada Estado Parte se comprometa em adequar suas respectivas legislações com as normas jurídicas do âmbito do Mercosul.

O artigo 3.º, do Acordo, preconiza que compete, exclusivamente, a cada Estado Parte a regulação das condutas anticoncorrenciais praticadas, total ou parcialmente, no respectivo território ou daquelas que sejam originadas de outros Estados Partes, mas que produzam ou possam produzir efeitos sobre a concorrência daquele Estado. Pela definição legal da competência da concorrência no âmbito do Mercosul, observa-se que toda competência se concentra, exclusivamente, nas mãos dos Estados Partes, não havendo qualquer reserva a ser exercida diretamente pelo Mercosul. No dispositivo legal em análise, é preconizado que caberá às Autoridades de Concorrência de cada Estado Parte julgar atos que produzam efeitos no respectivo território nacional.

O artigo 17, do Acordo, prevê que, sem prejuízo ao que dispõem os Capítulos III e VII, do citado Acordo, a Autoridade de Concorrência de um Estado Parte deve envidar seus esforços no sentido de fornecer à autoridade de concorrência da outra Parte, a seu pedido, informações e dados sobre casos concretos de seu interesse.

O Capítulo III, do Acordo, compreendido entre os artigos 6.º e 13, regula as consultas que as Autoridades de Concorrência podem formular a respeito de qualquer matéria relacionada a este Acordo.

O Capítulo VII, do Acordo, compreendido entre os artigos 24 e 26, regula a confidencialidade das informações prestadas pelos Estados Partes. Ou seja, o artigo 24 preconiza que nenhum Estado Parte deverá fornecer informações e dados confidenciais que sejam proibidos por sua legislação ou incompatíveis com seus interesses relevantes ou políticas governamentais, incluindo informações relativas ao sigilo profissional ou interesses nacionais.

No artigo 25, é preconizado que todas as opiniões apresentadas pelas Partes devem ser consideradas confidenciais, exceto se houver disposição em contrário. E, ainda, no artigo 26, é preconizada que todas as informações prestadas pelos Estados Partes devem ser utilizadas, tão somente, para as atividades relativas a aplicação das leis da concorrência que fundamentou sua comunicação, sendo, entretanto, admitida a utilização dessas informações prestadas para fins diversos se houver o consentimento expresso da Parte provedora.

O Capítulo VII, Confidencialidade, é de extrema importância, pois protege as informações e dados fornecidos contra o uso indevido o que poderia violar os direitos humanos

e os direitos fundamentais das pessoas. Em regra, as informações e os dados fornecidos se prestam, exclusivamente, para aplicação das leis de concorrência. Além disto, nenhum Estado Parte é obrigado a fornecer informações e dados que sejam proibidos já, de início, por sua legislação.

A investigação e a análise de questões que envolvem a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul indicam que, devida a peculiaridade deste bloco econômico, caberá aos Estados Partes a competência, exclusiva, da defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. Portanto, os Estados Partes devem aplicar suas próprias legislações da concorrência, com a incorporação das normas do Mercosul em suas legislações internas, para a defesa da concorrência no âmbito do mercado comum.

Em face disto, a investigação e a análise que envolvam questões relativas à defesa da concorrência serão aprofundadas, no próximo Capítulo, pois haverá a oportunidade de ser verificado como a legislação brasileira enfrenta a importante questão da defesa da concorrência.

2. DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVA COMPARADA PORTUGAL – BRASIL

2.1. Considerações iniciais

2.1.1. Breve consideração histórica

Serão investigadas e analisadas questões relevantes relativas à defesa da concorrência, especificamente, no Brasil e em Portugal, levando-se em conta que cada um destes Estados se encontra incluído em blocos distintos, ou seja, no Mercosul e União Europeia, respectivamente. Pelas análises procedidas no capítulo anterior, observou-se que ambos os blocos econômicos cuidam da defesa da concorrência, mas dando formas jurídicas, complementares, distintas entre si.

As questões jurídicas relevantes da defesa da concorrência serão analisadas, para ambos os Países, sob a ótica constitucional e do ordenamento jurídico infraconstitucional, e, ainda, confrontadas com as questões jurídicas já analisadas no capítulo anterior, apesar de os sistemas jurídicos que norteiam o Mercosul e a União Europeia serem bastante diferentes entre si.

Portanto, será no contexto acima que as defesas da concorrência atuais do Brasil e de Portugal serão analisadas e comparadas.

Por óbvio, as definições, os conceitos e os institutos jurídicos já analisados e discutidos no capítulo anterior serão utilizados no desenvolvimento do presente capítulo, além de outros que serão aqui apresentados.

Dessa forma, busca-se, neste capítulo, investigar, analisar e comparar os sistemas de defesa de concorrência, especificamente, do Brasil e de Portugal, levando-se em conta que ambos os Países se encontram inseridos em blocos econômicos deferentes, qual sejam, Mercosul e União Europeia, respectivamente, que, também, possuem interesses em proteção da livre concorrência em seus respectivos mercados comuns.

Entretanto, antes de serem analisadas as defesas de concorrência atual no Brasil e em Portugal, conforme investigações que serão procedidas nos tópicos seguintes, importante seria que alguns aspectos históricos da evolução daquelas defesas, também, fossem analisados, de forma sucinta, para que se possa entender a atual defesa de concorrência.

A primeira lei antitruste contemporânea foi o <<Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade>>, de 1889, do Canadá. Conforme Fernando Aguillar, esta lei teria surgido devido ter fracassado a política de protecionismo da indústria local e, ainda, tentar garantir a independência econômica do País com relação a economia norte-

americana. Com efeito, o governo do Canadá impôs barreiras tarifárias, a partir de 1879, com o objetivo de criar um centro industrial nas regiões de Ontário e Quebec. Entretanto, em face das medidas tomadas pelo governo, com a conseqüente supressão da concorrência externa, criou-se um ambiente propício para que as práticas de atos anticoncorrenciais fossem alavancadas.⁸⁵

E, ainda, que o <<*Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*>> foi revogada em 1986, quando entrou em vigor o <<*Competition Act*>> que tinha, por objetivo, o aumento do controle dos atos de concentração e das condutas anticoncorrenciais.⁸⁶

Apesar dos fundamentos apresentados, de acordo com Fernando Aguillar, o texto normativo antitruste mais conhecido e mais influente foi o <<*Sherman Act*>>, de 1890, nos Estados Unidos. A mencionada lei surgiu no período de excepcional desenvolvimento da economia dos Estados Unidos, iniciado na década de 1870, quando ocorreram importantes transformações tecnológicas e contínuo fortalecimento da economia industrial. Como conseqüência desse esplêndido desenvolvimento produtivo, os Estados Unidos passaram a ser um centro de interesse de imigrantes e de capitais de todas as partes do mundo.⁸⁷

A concepção que se tem, atualmente, com relação a prática de atos e a concentração de empresas que produzam ou possam produzir malefícios para o mercado, é diferente daquela que se entendia inicialmente. Ou seja, a concepção jurídica de defesa de concorrência, atualmente, é diferente daquela que foi expressa nos primeiros ordenamentos jurídicos antitrustes. Portanto, a atual concepção jurídica é fruto da evolução da experiência obtida nos diversos ordenamentos jurídicos que visavam proteger a livre concorrência.

Com efeito, por exemplo, que a concentração de empresas e os cartéis de empresas capazes de fixar preços não eram vistos, nos primeiros ordenamentos jurídicos, como um malefício para concorrência. A concentração de empresas representava solidez econômica dessas mesmas empresas e, ainda, quanto aos cartéis, tinha-se dúvidas se as leis deveriam ou não os reprimir. Neste sentido, de acordo com Calixto Salomão, referenciado por Fernando Aguillar, a preocupação principal da *Sherman Act* era, justamente, a proteção do consumidor devido ao excessivo poder econômico das empresas no mercado, não se tendo, ainda, a preocupação das práticas desleais dos concorrentes.⁸⁸

⁸⁵ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 271

⁸⁶ *Idem - Ibidem*

⁸⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 271-272

⁸⁸ Calixto Salomão *apud* AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 272

O sistema de defesa de concorrência evoluiu para considerar que determinadas condutas seriam consideradas por si mesmas, como ilicitudes *per se*, citando, *e.g.*, os acordos restritivos da concorrência e a monopolização que não caberia nenhuma exceção para sua legitimação. Neste sentido, de acordo com Sérgio Varella Bruna citado por Fernando Aguillar, a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a conduta seria, por si mesma, considerada ilegal, sendo, portanto, desnecessária a verificação do impacto dessa conduta na estrutura do mercado ou se haveria ou não a concentração do poder econômico pelo correspondente agente. Dessa forma, cita-se, como ilegalidade *per se*, aquelas condutas que estavam expressas, em leitura estrita, o artigo 1.º, da Lei Sherman.⁸⁹ No mesmo sentido, o artigo 2.º, da Lei Sherman, mantendo tipificação semelhante ao seu artigo 1.º, tratava a monopolização como uma conduta ilícita.⁹⁰

Portanto, pela definição apresentada, coligações entre empresas ou concentrações do poder econômico que sejam consideradas condutas ilícitas, em si mesmas, sem que haja necessidade de se investigar a estrutura do mercado ou o poder econômico do agente, são as chamadas ilicitude *per se*. Como forma de demonstrar este tipo de ilicitude, o artigo 1.º, da Lei Sherman, preconiza que determinadas condutas devem ser consideradas ilegais, sem que haja necessidade de uma investigação mais profunda da estrutura do mercado.

Ocorre que, com o passar do tempo, houve a mitigação da interpretação estrita decorrente da ilicitude *per se*. Em 1911, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Standard Oil Co. v. United States*, introduziu a chamada <<*rule of reason*>>, ou <<regra da razoabilidade>>, que relativizou as <<ilicitudes *per se*>> diante dos efeitos benéficos ou ganhos de eficiência que as correspondentes condutas poderiam trazer ao mercado, mesmo que causassem restrições à concorrência. Este novo pensamento, portanto, acabou por relativizar as regras contidas nos artigos 1.º e 2.º, da Lei *Sherman*.⁹¹ Portanto, seria um critério de ponderação entre os benefícios e os malefícios que uma determinada conduta considerada, inicialmente, ilícita poderia proporcionar ao mercado.

Cerca do início do século XX, o perfil dos agentes econômicos mudou, acarretando assimetria no mercado, requerendo, dessa forma, a intervenção do Estado na regulação da concorrência, como se verifica na instituição das leis supra analisadas.

⁸⁹ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 272. Lei *Sherman*. “Artigo 1.º Todo contrato, combinação na forma de truste ou outra forma, ou conspiração, restritiva do tráfico ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, deve ser declarada ilegal.”

⁹⁰ Sérgio Varella Bruna *apud* AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 272-273

⁹¹ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 272

Com efeito, no modelo clássico de mercado, os agentes, do lado da oferta, eram muitos e formados por pequenas unidades econômicas e os agentes, do lado da procura, eram os consumidores individuais, famílias e pequenas empresas. Portanto, diante deste panorama, os agentes econômicos eram incapazes de alterar a formação de preços do mercado. Além disso, a concorrência pura ocorre diante, também, das seguintes características: 1. indiferenciação dos bens transacionados (homogeneidade); 2. livre entrada e saída de produtores e consumidores (fluidez); e 3. de livre e completa informação do mercado (transparência).⁹²

A defasagem entre o modelo e a realidade do mercado se tornou bastante visível no início do século XX. Com as primeiras revoluções industriais, houve a imposição da massificação da produção industrial, da generalização da utilização da mão de obra assalariada e da necessidade de concentração de capitais. Portanto, diante deste novo perfil, o mercado sofreu profundas alterações, afastando-se, desta forma, dos pressupostos do modelo liberal clássico. Com isto, surgiram o fenômeno de concentração com o surgimento de grandes empresas, coligações entre empresas, gerando, dentre outros, os cartéis, os oligopólios e oligopsónios e os monopólios e monopsónios que acabaram por modificar a estrutura dos mercados. Portanto, os mercados passaram a ser imperfeitos e impuros.⁹³

Devido a mudança das características da economia dos Estados decorrentes das revoluções industriais, o mercado desviou-se dos pressupostos do modelo liberal clássico. Isto ocorreu, especialmente, em face da massificação da produção industrial, do uso generalizado de mão de obra assalariada, da necessidade de concentração de capitais para fazer frente aos novos desafios comerciais, dentre outros. Devido de a realidade do mercado ter se afastado das características do modelo clássico, não havia mais a concorrência pura, necessitando, dessa forma, de regulação estatal para defesa da concorrência.

Neste tópico, procurou-se analisar, de modo bastante resumido, os aspectos históricos da proteção da ordem econômica e, também, as razões que motivaram a necessidade, mais acirrada, da regulação estatal para defesa da concorrência.

2.1.2. Princípio da livre iniciativa e princípio da livre concorrência

Neste tópico, serão analisados os principais aspectos referentes aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, por entender que são princípios de suma importância para os

⁹² SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 264

⁹³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 265

estudos de questões relativas à ordem econômica de Países que se norteiam pelo princípio do Estado Democrático de Direito, em especial, Portugal e Brasil.

Portanto, o aspecto relevante para perfeito entendimento da defesa da concorrência seria, justamente, diferenciar os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa que, por vezes, são considerados como sinônimos, apesar de serem distintos entre si. Os mencionados princípios são fundamentais para a elaboração e a interpretação das legislações que tratam do direito da concorrência. Em realidade, ao nosso ver, o princípio da livre concorrência deve limitar o princípio da livre iniciativa para que não haja distorções no mercado. Os mencionados princípios se contrapõem entre si.

Com efeito, a produção capitalista nasce sob dois importantes princípios em contradição, qual sejam, o princípio da livre empresa e o princípio da liberdade de concorrência. Para o citado Autor, por não haver direitos individuais absolutos, o conceito liberal de liberdade se baseia em que a liberdade de alguém termina quando se inicia a liberdade de outrem. Dessa forma, a liberdade encontrará sua limitação jurídica diante do abuso de direito. Portanto, diante desta assertiva, é, justamente, no abuso do direito de livremente empreender, que nasce a interferência estatal. É, justamente, nesta situação, que o princípio da liberdade de concorrência é chamado para intervir. O princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa. Ou seja, tais princípios não sinônimos entre si, como alguma doutrina acaba sustentando. Em síntese, o agente econômico tem o direito de livre empreender do modo que entender, desde que não prejudique os demais agentes econômicos no direito de concorrer.⁹⁴

Observa-se, dessa forma, que o direito de livremente empreender não poderá ser absoluto, pois poderá ser exercido com abuso. O mencionado direito deverá ser limitado de sorte a não violar outros direitos igualmente importantes. Com efeito, o direito de livremente empreender sem quaisquer limites, seguramente, violaria o direito de outros agentes econômicos de concorrer. O direito de livremente empreender e o direito do agente econômico de concorrer são direitos igualmente importantes e protegidos pelo Estado. Diante disto, observa-se que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência se contrapõem e, ainda, o segundo princípio acaba por impor limites ao primeiro princípio.

No que tange a livre iniciativa, conforme Eros Grau, a livre iniciativa não se resume, apenas, no princípio básico do liberalismo econômico ou na liberdade de desenvolvimento da

⁹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 274-275

empresa. Em outras palavras, o princípio em análise não deve ser visualizado, apenas, como uma afirmação do capitalismo.⁹⁵

Para melhor esclarecer o assunto em análise, de acordo com Antonio Souza Franco citado por Eros Grau, a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Ou seja, a segunda está contida na primeira. A liberdade de iniciativa econômica, em sentido bastante amplo, alcança todos os modos de produção, sejam individuais ou coletivas. Portanto, a iniciativa econômica pode assumir as formas de iniciativa privada, iniciativa cooperativa, prevista no artigo 5.º, XVIII, e no artigo 174, §§3.º e 4.º, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública, prevista nos artigos 173 e 177.⁹⁶

Por outro lado, no que tange às iniciativas privada, cooperativa e autogestionária, a Constituição da República de Portugal, em seu artigo 61.º, reconhece tais espécies de iniciativas e, ainda, confere os limites de suas tutelas.

Portanto, pela análise procedida, verifica-se que a livre iniciativa, sem adjetivação, é um termo extremamente amplo.

No Brasil, na atual Constituição de 1988, no artigo 170⁹⁷, *caput*, observa-se que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar existência digna para todos, conforme os ditames da justiça social.

Portanto, como se observa, a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e, ainda, na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar existência digna para todos, além da observação de vários princípios.

Ocorre que o artigo 1.º, III e IV, da Constituição de 1988, preconiza que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo, por fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 204

⁹⁶ Antonio Souza Franco *apud* GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 204

⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988. “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. **Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Portanto, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa devem formatar todos os direitos previstos na Constituição de 1988. Dessa forma, o artigo 170, *caput*, da Constituição, que trata da ordem econômica, está em perfeita harmonia com os fundamentos que formatam a República Federativa do Brasil.

Pelo facto de a livre iniciativa não ter, apenas, as empresas sua titularidade, alcançando, também, na ordem econômica, toda a expressão do trabalho, então, pode ser observado que existe uma perfeita harmonia entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, conforme insculpido no artigo 170, *caput*, da citada Constituição.

Além dos fundamentos apresentados, a ordem econômica brasileira deverá se nortear, também, de acordo com os princípios constitucionais específicos discriminados, no artigo 170, *caput*, dentre os quais, pode ser citado o princípio da livre concorrência (inciso IV). Ou seja, a livre concorrência é um dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Como todo direito constitucional não é absoluto, a livre iniciativa pode sofrer restrições diante das reservas do setor público, dentre outras hipóteses. Com efeito, o artigo 173⁹⁸, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preconiza em síntese que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida diante das hipóteses do imperativo da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo e, assim mesmo, se tais hipóteses estiverem definidas em lei.

Portanto, pela Constituição brasileira, só será permitida a exploração direta do Estado nas atividades econômicas quando houver imperativo da segurança nacional ou diante de relevante interesse coletivo, entretanto, deverão estar definidos em lei.

Na ordem jurídica portuguesa, em especial, na atividade industrial, sofreu, por longo período, forte controle da Administração Pública sobre a iniciativa econômica privada. Com relação a este assunto, por décadas, no Estado Novo, vigorou o condicionamento industrial em que a instalação, reabertura e a transferência dos estabelecimentos industriais dependiam de autorização administrativa. Isto permitiu a existência do protecionismo das indústrias com relação ao investimento estrangeiro e, também, com relação ao investimento interno, o que

⁹⁸ **CONSTITUIÇÃO** da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . “**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.[...]”

conduzia ou que poderia conduzir ao mercado oligopolista ou, então, monopolista para determinados segmentos econômicos.⁹⁹

Apesar da Constituição Portuguesa de 1976 ter previsto a liberdade de iniciativa privada, somente, em 1979, foi revogado o que restava do regime de condicionamento industrial, restabelecendo a liberdade de acesso à atividade industrial. O princípio da livre iniciativa econômica ganhou relevo com adesão de Portugal às Comunidades.¹⁰⁰

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, a iniciativa privada, cooperativa e autogestionária encontram-se regulamentadas no artigo 61.º,¹⁰¹ da Constituição Portuguesa. Especificamente, quanto à iniciativa privada, o n.º 1, do dispositivo constitucional em análise, informa que ela pode ser exercida livremente, nos limites da Constituição e da lei, devendo-se levar em conta o interesse geral. A iniciativa privada é, claramente, definida pela Constituição, como um direito econômico, podendo ser livremente exercida.

O direito de iniciativa privada, insculpido no artigo 61.º, da Constituição Portuguesa, é considerado, explicitamente, como um direito econômico, e não apenas como um princípio de organização econômica. Os direitos de propriedade e de iniciativa privada são independentes entre si, sendo certo que este direito goza de idêntica proteção daquele, diante dos artigos 17.º e 18.º, da mencionada Constituição.¹⁰²

A liberdade de iniciativa privada ou da liberdade de empresa é condição básica para a existência de concorrência entre as empresas. De igual forma, o direito de iniciativa privada não é absoluto, admitindo-se restrições e condicionamentos que poderão resultar da própria lei ordinária ou, então, da própria Constituição, *e.g.*, a proibição do *lock-out*, previsto no artigo 57.º, n.º 4, da Constituição.¹⁰³

⁹⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 244-245

¹⁰⁰ *Idem – Op. Cit.* p. 245

¹⁰¹ **CONSTITUIÇÃO** da República Portuguesa (Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto). 3.ª ed. Lsboa: Quid Juris?, 2015. “ARTIGO 61.º. **(Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)** **1.** A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. **2.** A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperação, desde que observados os princípios cooperativos. **3.** As cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. **4.** A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública. **5.** É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.”

¹⁰² SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. p. 51

¹⁰³ *Idem – Op. Cit.* p. 52

A livre iniciativa, também, pode sofrer restrições diante das reservas do setor público. Com efeito, o artigo 86.º,¹⁰⁴ n.º 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976, preconiza que a lei pode definir setores básicos que sejam vedados as atividades empresariais privadas.

Observa-se, portanto, que, diante de setores básicos definidos em lei, pode haver a exclusão da livre iniciativa privada nas correspondentes atividades por se constituir em reservas a favor do setor público.

Após breve apresentação histórica da evolução do direito da concorrência, fez-se breve análise dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, além de compará-los. Dessa forma, deu-se destaque especial aos mencionados princípios por considera-los indispensáveis ao estudo da defesa da concorrência, sendo certo que tal estudo será melhor analisado ao longo os próximos tópicos.

2.2. Defesa da concorrência no Brasil

2.2.1. Constituições do Brasil antes de 1988 na defesa da ordem econômica

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, a primeira após a Proclamação da República do Brasil, é absolutamente silente em assuntos que tratem da ordem econômica, incluindo, por óbvio, assuntos de dizem respeito à defesa da concorrência.

Até a Constituição de 1946, não havia previsão constitucional em relação à disciplina da concorrência ou ao abuso do poder econômico. Na Constituição de 1946, a Ordem Econômica e Social estava normatizada nos artigos 145 ao 162. No artigo 148¹⁰⁵, estava preconizada que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso do poder econômico que tivesse, por objetivo, a dominação dos mercados nacionais, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Como se observa, a citada Constituição reprimia qualquer forma de abuso econômico que tivesse o objetivo de dominar mercados nacionais, de eliminar a concorrência e de aumentar

¹⁰⁴ **CONSTITUIÇÃO** da República Portuguesa. “ARTIGO 86.º (**Empresas privadas**) **1.** O Estado incentiva a atividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam atividades de interesse económico geral. **2.** O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial. **3.** A lei pode definir setores básicos nos quais seja vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.”

¹⁰⁵ **CONSTITUIÇÃO** dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946) [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/Constituicao/Constituicao46.htm. “Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

arbitrariamente os lucros. Esta norma constitucional alcançava, também, as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais.

Foi na Constituição de 1946, em seu artigo 148, que aparece, pela primeira vez, de forma expressa, o princípio de repressão ao abuso do poder econômico. A Autora afirma que foi nesta Constituição que o Brasil tem início uma nova fase no chamado sistema brasileiro antitruste, que a tônica da tutela deixa de ser a defesa da economia popular.¹⁰⁶

Na Constituição de 1934, a Ordem Econômica e Social foi regulamentada nos artigos 115 ao 143. Entretanto, apenas, os artigos 115, 116 e 117 interessam ao desenvolvimento do tema do presente trabalho. Com efeito, o artigo 116¹⁰⁷ regulou a hipótese de monopolização pelo Estado de indústrias ou de atividades econômicas que deveriam ser realizadas pela iniciativa privada. E o artigo 117¹⁰⁸ previu a proteção da economia popular, do desenvolvimento do crédito e da nacionalização progressiva dos bancos de depósito.

Nos termos do artigo 116, era autorizada que a União monopolizasse indústrias e atividades econômicas, diante do interesse público e, ainda, quando expresso em lei.

A citada Constituição de 1934, preconizava, em seu artigo 115,¹⁰⁹ que a ordem econômica era organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional com o objetivo de possibilitar uma existência digna para todos. Preconizava, ainda, que neste contexto, seria garantida a liberdade econômica. Portanto, diante esta Constituição, a garantia, na ordem econômica, era da liberdade econômica.

A Constituição de 1934, em seu artigo 115, pela primeira vez, eleva a liberdade econômica a nível constitucional. Entretanto, o exercício dessa liberdade era limitado, conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional. O limite imposto pela Constituição foi devido aos efeitos da crise ocorrida em 1929.¹¹⁰

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** p. 109-110

¹⁰⁷ **CONSTITUIÇÃO** da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. “Art. 116 – Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, n° 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”

¹⁰⁸ **CONSTITUIÇÃO** da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). “Art. 117 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósitos. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguro em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras que atualmente operam no País. Parágrafo único – É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”

¹⁰⁹ **CONSTITUIÇÃO** da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). “Art 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único – Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.”

¹¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** p. 98-99

Sob a égide da Constituição de 1934, não foi promulgada nenhuma lei que regulamentasse o processo competitivo, sob uma ótica antitruste. A concorrência era disciplinada, sob o viés individual, através da promulgação do Código da Propriedade Industrial.¹¹¹

A Constituição de 1934 foi expressa em relativizar o princípio da liberdade de iniciativa. Ou seja, impôs-se limites estatais na liberdade da atividade empresarial de sorte a condicioná-la aos objetivos de natureza social. E, ainda, o artigo 115, da citada Constituição, é uma paráfrase do art. 151, da Constituição de *Weimar*.¹¹²

Na Constituição de 1937, a Ordem Econômica estava estabelecida nos artigos 135 ao 155. Entretanto, apenas, o artigo 141¹¹³ que mais se relaciona com o tema desenvolvido nesta dissertação. Com efeito, o dispositivo constitucional em análise preconizava a proteção da economia popular, prevendo, inclusive, que os crimes contra a economia popular seriam equiparados aos crimes contra o Estado.¹¹⁴

Como se observa, a Constituição de 1937, tutelava, efetivamente, a economia popular, mas, não, diretamente, a livre concorrência.

Para regulamentar a economia popular prevista no dispositivo constitucional, surge o Decreto-lei n.º 869, de 18 de Novembro de 1938, que, em muitos aspectos, era, nitidamente, uma lei antitruste. Para a Autora, este foi o primeiro diploma antitruste brasileiro, apesar de buscar a tutela da economia popular e, portanto, do consumidor.¹¹⁵

Observa-se a interessante conclusão a que chegou Paula Forgioni quando demonstra como a defesa da concorrência se evoluiu no Brasil em comparação com os países que tinham tradição antitruste, tratando-se de uma das principais diferenças que existe entre o sistema norte-americano e o brasileiro. Dessa forma, a Autora afirma que o direito antitruste, no Brasil, não nasceu como fator de ligação entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência. Nasceu com a repressão ao abuso do poder econômico, na proteção dos interesses da população e do consumidor.¹¹⁶

O Decreto-lei n.º 869 foi o primeiro texto normativo do Brasil relacionado à defesa da liberdade de concorrência. O citado texto normativo tipificava, como crimes, diversas condutas

¹¹¹ *Idem – Op. Cit.* p. 100

¹¹² AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 133

¹¹³ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. “Art. 141 – A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

¹¹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 276-277

¹¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** p. 102

¹¹⁶ *Idem - Ibidem*

empresariais que fossem anticoncorrenciais, tais como, os acordos visando ao aumento arbitrário dos lucros, práticas comerciais abusivas e impeditivas da competição. Apesar de tudo isto, no texto normativo em análise, não havia previsão de um órgão especializado com competência para atuar e controlar a defesa da concorrência. Ou seja, faltava uma Autoridade da Concorrência que não estava prevista no Decreto-lei. Este Órgão surgiu, efetivamente, com o Decreto-lei n.º 7.666, de 22 de Julho de 1945. Dessa forma nasce o CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que era encarregada de reprimir e julgar empresas acusadas de praticar condutas lesivas à economia. Este Órgão era, também, encarregada de controlar incorporações, fusões ou transformações de empresas e concessionários de serviços públicos.¹¹⁷

O Decreto-lei em análise foi revogado pelo Decreto-lei n.º 8.167, de 9 de Novembro de 1945.

No que se refere a Constituição de 1967, a Ordem Econômica e Social encontra-se normatizada nos artigos 157 ao 166. O artigo 157¹¹⁸ preconizava que a ordem econômica teria o objetivo de realizar a justiça social, com base em seis (6) princípios específicos nominados nos incisos do dispositivo constitucional em análise. Desses princípios, o inciso VI refere-se a repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Como se observa, a Constituição de 1967 apresentava, como princípios constitucionais da ordem econômica, os princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho, dentre outros. E, ainda a repressão ao abuso do poder econômico que era caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. Portanto, o princípio da livre concorrência não foi erigido, especificamente, como um dos princípios constitucionais da ordem econômica. Esta Constituição inaugurou princípios constitucionais específicos que deveriam nortear a ordem econômica brasileira.

Os dez parágrafos do dispositivo constitucional em análise não tratavam de questões que envolvessem, diretamente, a defesa da concorrência.

¹¹⁷ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 145

¹¹⁸ **CONSTITUIÇÃO** da República Federativa do Brasil de 1967 [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019].

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/Constituicao/Constituicao67.htm. “Art – A ordem econômica têm por fim realizar a justiça social, com base nas seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

A partir da Emenda Constitucional n.º 1,¹¹⁹ de 17 de outubro de 1969, o artigo constitucional supra analisado foi renumerado para artigo 160, cujo *caput* sofreu pouca alteração na redação, o mesmo ocorrendo nos princípios nominados nos incisos do artigo. Com isto, o inciso VI supra analisado foi renumerado para V.

Portanto, a Emenda Constitucional n.º 1/1969 não introduziu alterações substanciais à Constituição de 1967 em assuntos pertinentes à ordem econômica.

Pela análise procedida até aqui em diversas Constituições brasileiras, observa-se que a regulamentação constitucional da ordem econômica e, também, da concorrência surgiram a partir da Constituição de 1934.

Após análise de todas as Constituições do Brasil, pós Proclamação da República, foram explicitados e analisados os artigos constitucionais que teriam alguma relação, direta ou indiretamente, com a defesa da concorrência. Dessa análise, restou demonstrada que a tutela constitucional da livre concorrência foi bastante tímida até a Emenda Constitucional n.º 1/1969.

2.2.2. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na defesa da ordem econômica

Após breve análise realizada nas Constituições do Brasil até a Emenda Constitucional n.º 1/1969, será analisada, neste tópico, especificamente, a atual Constituição Federal do Brasil de 1988, no que tange aos assuntos relativos a defesa da concorrência.

A defesa da concorrência, dentre outros assuntos correlatos, está normatizada, no Título VII, - Da Ordem Econômica e Financeira -, nos artigos 170 a 181, da citada Constituição.

Com efeito, o artigo 173,¹²⁰ §4.º, da atual Constituição, prevê que a repressão ao abuso do poder econômico, que tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Esta repressão estará regulamentada em lei. E,

¹¹⁹ **CONSTITUIÇÃO** da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969) [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. “Art. 160 – A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

¹²⁰ **CONSTITUIÇÃO** da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.[...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e contra a economia popular.”

ainda, prevê, expressamente, no §5.º, do artigo constitucional em análise, a responsabilidade das pessoas jurídicas e de seus dirigentes diante da prática de atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Esta responsabilidade, também, estará regulamentada em lei.

A atual Constituição impôs uma importante alteração com relação as Constituições anteriores quando, no artigo 173, §4.º, estabeleceu que a lei reprimiria o abuso do poder econômico que visasse à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Ou seja, ao agregar, na redação do texto constitucional, o verbo <<visar>>, deu-se a ideia de que o ato abusivo deveria ser decorrente da vontade do agente econômico. Dessa forma, a inovação sugere que, se no ato abusivo não estiver presente a intenção do agente econômico em restringir a concorrência, não haveria que se falar na ilicitude do ato praticado. Apesar disto, a legislação infraconstitucional que regulamenta a defesa da concorrência seguiu caminho diverso da Constituição, quando tornou irrelevante o componente de intencionalidade para a caracterização da ilicitude.¹²¹ Este assunto será mais bem abordado no próximo tópico.

Com relação ao dispositivo constitucional em análise, de acordo com Paula Forgioni, poderá ser considerada como conduta ilegal de um agente econômico mesmo que não seja detentor de posição dominante no mercado, bastando que tal conduta prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa em conduta dissociada de sua vantagem competitiva. E, também, trata-se de ilícito à tentativa de monopólio e ao abuso de posição dominante.¹²² Este assunto, também, será mais bem abordado no próximo tópico.

O artigo 170¹²³, da Constituição de 1988, prevê que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e, ainda, na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar existência digna para todos, conforme os ditames da justiça social, observando-se alguns princípios nominados em seus nove (9) incisos, dentre os quais, o princípio da livre concorrência (inciso IV). No parágrafo único, do dispositivo constitucional em análise, é

¹²¹ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 278

¹²² FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** p. 143

¹²³ **CONSTITUIÇÃO** da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

reafirmada que, nas atividades econômicas brasileiras, a livre iniciativa apenas sofre restrição diante das hipóteses legais.

A livre concorrência foi erigida, pela primeira vez, à condição de princípio específico da ordem econômica, pela Constituição Federal de 1988, conforme se observa em seu artigo 170, *caput*, inciso IV.¹²⁴

No que se refere ao artigo 170, da Constituição, de acordo com Min. Carlos Velloso citado por Paula Forgioni, já foi sustentado quando esclarece que o modelo constitucional da ordem econômica brasileira é fundado na valorização do trabalho e humano na livre-iniciativa, tendo por finalidade assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, mediante a observância dos princípios específicos nominados no dispositivo constitucional em análise.¹²⁵

Aliás, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV), do artigo 1.º, da Constituição de 1988, são alguns dos fundamentos que norteiam a República Federativa do Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito. Portanto, aqueles são alguns dos fundamentos que norteiam e formatam toda a Constituição brasileira. Dessa forma, observa-se que o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – encontra-se perfeitamente em harmonia pelos princípios que norteiam a Constituição de 1988.

E, ainda, a livre concorrência é um dos princípios constitucionais específicos da ordem econômica, conforme nominado no inciso IV, do artigo 170.

O princípio da livre concorrência é a viga mestra do sistema econômico, pois tudo aquilo que embaraçar ou impedir o exercício da livre concorrência estaria ofendendo a Constituição.¹²⁶

A análise deste tópico foi realizada, apenas, sob a ótica da Constituição de 1988, na qual foram apresentados os princípios constitucionais fundamentais e específicos e, ainda, os limites constitucionais para proteção da ordem econômica brasileira, enfatizando-se o direito da concorrência. Dessa forma, deixou-se, para o próximo tópico, a análise mais detalhada da defesa da concorrência quando serão apresentadas questões legais relevantes da mencionada defesa em confronto com a atual Constituição de 1988.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 210

¹²⁵ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 143

¹²⁶ *Idem - Ibidem*

2.2.3. Ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro com a influência do Mercosul na defesa da concorrência

2.2.3.1. Considerações iniciais

Neste tópico, serão analisadas as questões jurídicas mais relevantes da atual defesa da concorrência brasileira. Dessa forma, serão analisadas as citadas questões sob a ótica da atual legislação da concorrência em que se fará referências a atual Constituição Federal de 1988. A Lei n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011, é o texto normativo que regulamenta, atualmente, a defesa da concorrência no Brasil. Esta Lei revogou a Lei 8.884, de 11 de Junho de 1994.

Com o advento da Lei n.º 12.529/2011, a defesa da concorrência brasileira sofreu três tipos de alterações que, de acordo com Fernando Aguillar, foram as institucionais, materiais e processuais. As alterações institucionais impuseram uma redefinição do CADE, criando-se órgãos novos e reformulando-se a competência de outros. As alterações materiais referem-se as modificações do conteúdo das normas jurídicas de índole material que norteiam a defesa da concorrência no Brasil. E as alterações processuais que modificaram os procedimentos que eram adotados no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.¹²⁷

O artigo 1.º, *caput*, da Lei antitruste, preconiza que este texto normativo estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – e, ainda, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, norteadas pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. E, no Parágrafo único, deste dispositivo legal, é previsto que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. Ou seja, o titular do direito estabelecido pela lei é a coletividade e não, os agentes econômicos envolvidos nas relações de direito material decorrente do texto normativo.

Em realidade, o novo texto normativo introduziu alterações institucionais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Na presente pesquisa, não haverá nenhuma análise comparativa entre o atual SBDC e o que era adotado pela revogada Lei n.º 8.884/94, por não fazer parte do escopo dessa Dissertação. Da mesma forma, a análise da defesa da concorrência brasileira sob as óticas das alterações institucionais e processuais será realizada de modo sucinto por escapar, também, do escopo da presente dissertação. Serão apresentadas, apenas, algumas das questões relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho. A análise será focada, com mais profundidade, nas alterações de ordem material, por ser o objeto deste trabalho.

¹²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 282

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme artigo 3.º, da Lei.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, que é a entidade mais importante no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC -, é uma entidade judicante com jurisdição em todo território nacional. É uma autarquia federal, sendo vinculada ao Ministério da Justiça, conforme o artigo 4.º, da Lei em análise.

Por sua vez, de acordo com o artigo 5.º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – é constituído por três órgãos: I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II – Superintendência-Geral; e III – Departamento de Estudos Econômicos.

O Título VI, compreendido entre os artigos 48 e 87, da Lei n.º 12.529/2011, estabelece as diversas espécies de processo administrativo que podem ocorrer na tutela da defesa da concorrência. Em realidade, trata-se de seis procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, conforme artigo 48. Dessa forma, são os seguintes: inciso I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; inciso II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; inciso III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; inciso IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; inciso V - procedimento administrativo para apuração de atos de concentração econômica; e inciso VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Portanto, os artigos 48 ao 87, da Lei n.º 12.529/2011, tratam sobre matéria de índole processual.

A nova sistemática dos processos administrativos adotada pela Lei 12.529/2011 é mais completa e complexa que traduz o amadurecimento e as experiências do SBDC.¹²⁸

Quanto às questões materiais da atual legislação da defesa da concorrência, a Lei n.º 12.529/2011 normatiza as infrações da ordem econômica, em seu Título V, nos artigos 31 ao 47, sendo que, especificamente, as mencionadas infrações estão nominadas no artigo 36, da Lei. E, ainda, em seu Título VII, nos artigos 88 ao 91, foi regulamentado o controle de concentrações.

¹²⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 295

As práticas antitruste possuem, de acordo com Paula Forgioni, três tipos principais de manifestações que são reconhecidas tradicionalmente como acordos, que podem ser horizontais e verticais; abuso de posição dominante; e concentrações.¹²⁹

Estes três tipos principais de manifestações das práticas antitruste encontram-se normatizadas pela Lei n.º 12.529/2011 e serão analisadas ao longo deste tópico. Na citada lei, as infrações anticoncorrenciais previstas no artigo 36 são os referentes aos acordos, entendidos em sentido amplo, e ao abuso de posição dominante.

Os artigos 31 ao 35, pertencentes ao Título V, do Capítulo I, - Disposições Gerais -, da atual Lei, reproduzem, praticamente, tudo aquilo que estava disposto nos artigos 15 ao 19, da Lei anterior revogada – Lei n.º 8.884/94.¹³⁰

Dentre outras questões, no artigo 31, é prevista que a citada lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. É prevista, no artigo 32, a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou seus administradores, que respondem solidariamente, na hipótese da ocorrência de infração da ordem econômica. E, ainda, no artigo 35, é previsto que, além da repressão das infrações da ordem econômica, os agentes estão sujeitos, também, a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Conforme se observa, a lei de defesa da concorrência pode alcançar pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, mesmo que de modo temporário, com ou sem personalidade jurídica. Ou seja, estarão sujeitos à citada lei todos aqueles que, de forma direta ou indireta, possam criar assimetria no mercado através de condutas anticoncorrenciais.

2.2.3.2. As coligações restritivas à concorrência e o abuso de poder econômico na Lei n.º 12.529/2011

O artigo 36, da atual Lei, permanece com a mesma redação do artigo 20, da Lei revogada n.º 8.884/94, o que demonstra que os fundamentos que caracterizam a infração à ordem econômica continuam os mesmos.¹³¹

Com efeito, a infração da ordem econômica, de acordo com o artigo 36, ocorrerá, independentemente, de culpa de seus agentes. Constituem-se, como infração da ordem econômica, os atos praticados, sob qualquer forma, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais ainda que não sejam alcançados.

¹²⁹ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 134

¹³⁰ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. p. 291

¹³¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 291

O sistema de controle da infração da ordem econômica é híbrido, pois se utiliza do sistema europeu ao se caracterizar o ilícito anticoncorrencial pelo <<objeto>> ou pelo <<efeito>>. ¹³²

Os efeitos anticoncorrenciais estão explicitamente nominados no artigo 36¹³³, da Lei 12.529/2011. Ou seja, tais efeitos estão, expressamente, nominados nos incisos do dispositivo legal em análise: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

E, ainda, que, apesar de o artigo 36, *caput*, e seus incisos, da Lei n.º 12.529/2011, permanecer com a mesma redação do artigo 20, da Lei revogada n.º 8.884/1994, os parágrafos do dispositivo legal em análise sofreram algumas modificações com relação a lei revogada. ¹³⁴ Entretanto, não fará parte da investigação o cotejamento dessas diferenças. Dessa forma, serão, apenas, analisadas as questões relevantes desses parágrafos na atual defesa da concorrência.

Cabe registrar que apenas e tão-somente serão consideradas, como infração da ordem econômica, as condutas que tenham por objeto ou efeitos, ainda que não sejam alcançados, aqueles previstos nos incisos I a IV, do artigo 36. Não estariam excluídas, aprioristicamente, da aplicação da citada lei antitruste as coligações celebradas por pequenos agentes econômicos, mesmo que sejam detentores de reduzido ou de nenhum poder econômico. ¹³⁵

O §1.º, do dispositivo legal sob análise, deixa bastante claro que a conquista de mercado decorrente de maior eficiência do agente econômico em relação aos seus concorrentes não caracteriza conduta ilícita se, da maior eficiência, resultar na dominação do mercado relevante de bens ou serviços. Ou seja, a conquista do mercado relevante de bens ou serviços por um agente econômico, através de seus próprios méritos de eficiência em relação aos seus competidores, não caracteriza uma conduta ilícita. Considerar de forma diferente, poderia

¹³² FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 136

¹³³ LEI n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 5 JUL. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objetivo ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante. §1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. §2.º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. [...]”

¹³⁴ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. p. 291-292

¹³⁵ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 348

causar distorções ao mercado, pois haveria o aniquilamento de um elemento indispensável ao direito econômico que seria, justamente, a eficiência.

O §2.º, do dispositivo legal sob análise, sofreu alteração com relação à legislação anterior. Em realidade, ao nosso ver, a redação dada ao citado parágrafo veio esclarecer o que é posição dominante, tendo em vista que a legislação anterior não estabelecia uma definição precisa a respeito do assunto. O citado parágrafo informa que a posição dominante é presumida sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, sendo que este percentual poderá ser alterado pelo CADE diante de setores específicos da economia.

Conforme já analisado anteriormente, o conceito de empresa deve ser entendido de modo amplo para que se possa defender, adequadamente, a concorrência. Por outro lado, o dispositivo legal deixa claro que a presunção de posição dominante deve recair, sempre, quando uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. Apesar disto, o citado dispositivo legal confere poderes ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – para alterar aquele percentual diante de setores específicos da economia que devem ter tratamentos diferenciados.

Com efeito, a definição legal de posição dominante de uma empresa deve ser conjugada com o conceito que é dado pela doutrina com relação a este instituto jurídico, razão pela qual a Lei confere, ao CADE, certo grau de discricionariedade para alterar o percentual arbitrado em Lei – 20 % (vinte por cento) – dependendo de setores específicos da economia.

Entende-se, por posição dominante, a participação que determinada empresa tem em um mercado relevante. Esta participação deve ser resultado de sua eficiência diante de seus concorrentes que lhe garante uma posição de destaque no mercado relevante. Portanto, a posição dominante está diretamente relacionada com a participação da empresa em seu mercado relevante. Devido a isto, a empresa que possui posição dominante deverá ser alvo da atuação das autoridades da concorrência na hipótese daquele agente abusar de sua posição em desfavor do mercado. Dessa forma, o exercício de uma posição dominante, por um agente econômico, em um mercado relevante, não seria uma conduta anticoncorrencial.¹³⁶

Portanto, a conduta anticoncorrencial surge quando uma empresa abusa de sua posição dominante, causando assimetria no mercado relevante. Tal assunto será melhor abordado mais

¹³⁶ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA p. 148-149

adiante. Cabe afirmar, ainda, que o conceito de posição dominante não se confunde com o poder econômico cujo assunto será melhor analisado, no item 2.3.2.

A atual lei presume haver a posição dominante quando o agente econômico tem a participação de 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante o que diverge da lei revogada que afirmava que a posição dominante ocorreria quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. Ou seja, a lei revogada dava extraordinário poder discricionário para que o CADE pudesse caracterizar, no caso concreto, os agentes que possuíssem posição dominante no mercado.

O §3.º, do dispositivo legal sob análise, discrimina, em seus dezenove incisos, algumas das condutas que configuram infração da ordem econômica. O rol de condutas apresentado não é exaustivo, admitindo outras condutas que preencham os requisitos apresentados no artigo 36, *caput*, e, ainda, tenham por objeto ou possam produzir os efeitos constantes dos incisos do citado dispositivo legal, mesmo que não sejam alcançados. Trata-se, portanto, de rol de condutas exemplificativo.

Portanto, as dezenove condutas mencionadas nos incisos, do § 3.º, do artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, são aquelas que o legislador brasileiro considerou, especificamente, como anticoncorrenciais. Dessa forma, são consideradas, por lei, condutas ilícitas. Como já analisado anteriormente, tais condutas serão consideradas anticoncorrenciais se tiverem por objeto ou puderem produzir os efeitos mencionados nos incisos do artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, muito embora, não se exija que tais efeitos sejam alcançados. Como já observado, além das condutas apresentadas, existirão várias outras condutas anticoncorrenciais passíveis de repressão desde que contrariem os requisitos mencionados no dispositivo legal em análise. Portanto, o rol das condutas anticoncorrenciais discriminadas na lei não é exaustivo. Trata-se, dessa forma, de rol de condutas exemplificativo.

Pela análise do artigo 36, da lei de defesa da concorrência, observa-se que, pela nova sistemática, para a caracterização da prática contra a ordem econômica, não seria necessário que o agente fosse detentor de poder econômico. Dessa forma, se um agente econômico tiver uma pequena participação de certo mercado, ele poderia, assim mesmo, praticar condutas anticoncorrenciais, nos termos da Lei n.º 12.529/2011, especialmente, no que tange as condutas nominadas no artigo 36, §3.º, porque nem todas as condutas anticoncorrenciais envolvem o abuso de poder econômico. Por outro lado, uma empresa que possua posição dominante no mercado e que pratique uma conduta com o objetivo de exercer de forma abusiva aquela posição

(artigo 36, IV), mesmo que tal objetivo não seja alcançado, cometerá infração da ordem econômica.¹³⁷

A atual lei de defesa da concorrência apresenta um rol de condutas anticoncorrenciais que não representa aquele rol discriminado na lei revogada, por ter sido introduzidas importantes alterações na nova legislação. Apesar do cotejamento dessas diferenças serem importantes para o entendimento da evolução legislativa da defesa da concorrência brasileira, as alterações legislativas não serão analisadas na presente dissertação por escapar do escopo da investigação.

No que tange ao controle da conduta na defesa da concorrência, basicamente, existem duas formas de uma legislação definir os comportamentos anticoncorrenciais, fazendo-se a análise do objetivo do agente e pelos efeitos do ato praticado. A atual lei de defesa da concorrência, Lei n.º 12.529/2011, optou por privilegiar ambos os modelos. Aliás, seguiu a mesma orientação adotada pela Lei revogada n.º 8.884/94. Ambos os modelos adotados pela lei ordinária conferiram uma solução ampla de repressão às condutas anticoncorrenciais, dando mais elasticidade do que é previsto no texto normativo constitucional.¹³⁸

Com efeito, o artigo 36, da atual lei, deixa bastante evidente que se adotou ambos os modelos quando preconiza que se constituem infração da ordem econômica todos os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados. E, ainda, é irrelevante a prova da culpa para caracterização da infração da ordem econômica. Dessa forma, a infração da ordem econômica é analisada sob a ótica da responsabilidade objetiva.

Diante de a redação do texto normativo adotada pela lei de defesa da concorrência, de acordo com Fernando Aguillar existem autores que consideram que isto contraria a atual Constituição Federal de 1988 que exige, apenas, a existência do dolo. Dessa forma, seria inconstitucional o artigo 20, da lei revogada, bem como, seria inconstitucional o artigo 36, da atual lei de defesa da concorrência, que adotou, exatamente, a redação daquela lei revogada. Com efeito, o artigo 173, §4.º, da Constituição, prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.¹³⁹

A Constituição, ao preconizar que a lei reprimirá o abuso do poder econômico quando a conduta visasse a limitação concorrencial, determinou que, apenas, as condutas

¹³⁷ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 312-313

¹³⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 310

¹³⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 311

intencionalmente direcionadas ao cerceamento da concorrência seriam ilícitas. Entretanto, os defensores da defesa ampla adotada pela lei da concorrência defendem que a repressão contra a ordem econômica não se encerra, tão-somente, no dispositivo constitucional analisando, e, sim, devendo sofrer uma análise sistêmica com outros dispositivos constitucionais que tratam, também, de questões da ordem econômica. Este tema chegou a ser discutido no Supremo Tribunal Federal na ADI 1094-8-DF que questionava a constitucionalidade do artigo 20 e de outros dispositivos, da Lei n.º 8.884/94. Entretanto, os argumentos apresentados pela citada ADI foram rejeitados por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal. Fernando Aguillar informa, ainda, que o resultado desse julgado se comunica, harmoniosamente, com a atual situação quando o artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, repetiu a mesma redação que era dada no artigo 20, da lei anterior revogada.¹⁴⁰

Com efeito, o artigo 170, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira-, da Constituição Federal de 1988, em seu inciso IV, preconiza que um dos princípios que norteia a ordem econômica brasileira é, justamente, a livre concorrência. E, ainda, no artigo 173, §5.º, da citada Constituição, é prevista a responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica e, também, desta pessoa jurídica diante de atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Pela análise do texto normativo do artigo 173, §5.º, da Constituição, observa-se que o objetivo da repressão contra a ordem econômica não deve sofrer qualquer tipo de limitação até porque, se sofresse, o princípio constitucional da livre concorrência estaria sendo gravemente violado. Portanto, ao nosso ver, em simples análise, a repressão ampla dada pela lei ao tutelar a defesa da concorrência estaria em perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988. Apesar deste tema ser empolgante e importante para o direito da concorrência, deixa-se de fazer uma análise mais aprofundada da questão por escapar ao objetivo da presente dissertação.

As coligações restritivas da concorrência podem ser <<verticais>> e <<horizontais>>, dependendo dos mercados relevantes em que os agentes econômicos estejam atuando. Acordos horizontais são aqueles realizados entre os agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante, enquanto os acordos verticais são aqueles realizados entre agentes que atuam em mercados relevantes diferentes, mas que, por vezes, realizam atividades complementares. Para melhor elucidar esta questão, são apresentadas as seguintes definições para os acordos horizontais e acordos verticais. Acordos horizontais são os celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante. Portanto, estes agentes são,

¹⁴⁰ *Idem - Ibidem*

diretamente, concorrentes entre si. Acordos verticais são celebrados entre agentes econômicos que desenvolvem atividades diferentes, por vezes, complementares. São aqueles agentes que participam de diversas fases de produção e da comercialização, até o consumidor final do produto ou do serviço.¹⁴¹

Em síntese, os acordos horizontais são celebrados por agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, sendo concorrentes entre si. Os acordos verticais são celebrados por agentes econômicos que não são concorrentes diretos, entre si, no mesmo mercado relevante, mas que possuem um certo grau de dependência entre suas atividades empresariais. O agente econômico, *e.g.*, em regra, para fabricar seus produtos ou fornecer seus serviços necessita de fornecedores de matéria-prima e insumos, de agentes de comercialização, de transportadores, de distribuidores, dentre outras atividades que não pertencem ao seu ramo de negócios. Portanto, acordos celebrados entre esses diferentes agentes econômicos seriam os chamados acordos verticais.

Tanto os acordos horizontais quanto os acordos verticais podem ser condutas anticoncorrenciais, constituindo-se em infração da ordem econômica se tiverem por objeto ou puderem produzir os efeitos definidos pelo artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011.

Após análise das condutas que caracterizam infração da ordem econômica, resta saber se, na legislação de defesa da concorrência brasileira, foi recepcionado o conceito norte-americano de ilicitude *per se* ou de regra da razão.

Na aplicação da Lei *Sherman*, inicialmente, os tribunais norte-americanos vinham fazendo uma leitura restrita do citado texto normativo em que priorizava o objetivo do agente, pouco importando se a conduta praticada teria ou não alguns efeitos benéficos no mercado. Entretanto, com o tempo, a Suprema Corte norte-americana consolidou jurisprudência no sentido de valorizar os efeitos, aplicando-se, dessa forma, a regra da razoabilidade. Com isto, as condutas ilícitas da Lei *Sherman*, que possuíam natureza de ilicitudes *per se*, passaram algumas delas a ser analisadas sob a regra da razão, tendo em vista que poderiam trazer algum benefício para o mercado.¹⁴²

No mesmo sentido, a rigidez da Lei *Sherman* foi bastante atenuada pela jurisprudência com a introdução da regra da razão. Dessa forma, os acordos considerados nocivos por natureza requeriam interpretação de ilicitude *per se*, enquanto outros acordos, após apreciados pelos

¹⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 348

¹⁴² AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. p. 310

tribunais, poderiam ser considerados como razoáveis, tendo em vista que poderiam trazer algum benefício para concorrência.¹⁴³

De acordo com Sérgio Varella Bruna citado por Fernando Aguillar, a discussão da aplicação direta dos conceitos norte-americanos para o direito brasileiro deve-se ter alguns cuidados, pois, por exemplo, o sistema nacional reprime o abuso do poder econômico e não a mera existência de poder econômico. Esse raciocínio é válido para o direito brasileiro, diante da Constituição e, ainda, diante da legislação ordinária.¹⁴⁴

Condutas consideradas como anticoncorrenciais não são, apenas, aquelas praticadas mediante abuso de poder econômico. Isto pode ser observado no artigo 36, I e III, da atual lei da concorrência, Lei n.º 12.529/2011, correspondente ao artigo 20, I e III, da revogada Lei n.º 8.884/1994. A Lei n.º 12.529/2011 só permite analisar as condutas ilícitas sob à luz do abuso do poder econômico em seus incisos II e IV, sucedendo-se, da mesma forma, o que ocorria nos incisos II e IV, do artigo 20, da lei antitruste revogada, que tinha idêntica redação da atual lei. Em face disto, Fernando Aguillar chega a conclusão de que a discussão teórica norte-americana, que pouco servia para interpretar a legislação de defesa da concorrência brasileira, passou a ter utilidade a partir da revogada Lei n.º 8.884/1994, tendo em vista que existe, atualmente, previsão, na legislação ordinária brasileira, da ilicitude *per se*.¹⁴⁵

Portanto, de acordo com Fernando Aguillar, o conceito norte-americano de ilicitude *per se*, que teria pouco interesse na interpretação da lei antitruste brasileira, passou a ter utilidade a partir do advento da lei 8.884/1994 quando foi dada uma nova estrutura às condutas anticoncorrenciais, conforme já supra analisado.

Para robustecer os argumentos apresentados, de acordo com Fernando Aguillar, o artigo 1.º, da Lei *Sherman* e o artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, possuem estruturas normativas bastante parecidas. Para se ter ideia desta assertiva, os textos normativos em análise são os seguintes:

“Art. 1.º da Lei Sherman:

‘todo contrato, combinação na forma de truste ou outra forma, ou conspiração, restritiva do tráfico ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, deve ser declarado ilegal’.

Art. 36 da Lei n.º 12.529:

¹⁴³ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 308

¹⁴⁴ BRUNA, Sérgio Varella *apud* AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Económico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 313

¹⁴⁵ AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Económico**: do Direito Nacional ao Direito Supranacional. p. 313-314

‘constituem infração da ordem econômica [...] os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]’¹⁴⁶

Pela análise dos textos normativos apresentados, pode-se considerar que a estrutura normativa é bastante similar, tendo em vista que ambas as legislações consideram condutas ilícitas aquelas que impliquem na restrição ao comércio-circulação de produtos.

A maior diferença entre os textos normativos analisados reside, justamente, no objeto ou efeito necessário para caracterização das condutas anticoncorrenciais, sendo certo que tais requisitos estão, expressamente, presentes na lei brasileira, enquanto estavam ausentes na lei norte-americana.¹⁴⁷

Diante das análises realizadas, pode-se chegar a importantes conclusões a respeito do conceito norte-americano na interpretação da atual lei de defesa da concorrência brasileira. Com efeito, considera-se que a regra da razão, ou seja, aquela regra que analisa os ganhos de eficiência diante da conduta questionada, somente, faria sentido diante dos atos relacionados aos incisos I e III, do artigo 36. Para as condutas previstas nos incisos II e IV, do dispositivo legal em análise, não haveria qualquer possibilidade de eficiência ou ganho para o mercado. Para as condutas previstas nos incisos II e IV, do artigo 36, que se referem ao abuso do poder econômico, deve-se afastar a <<regra da razão>>. Por outro lado, nas condutas relativas às coligações entre agentes econômicos previstas nos incisos I e III, do artigo 36, deve-se afastar a ilicitude <<*per se*>> para aplicar a <<regra da razão>> na hipótese de haver efeitos benéficos ou ganhos de eficiência para o mercado. Neste sentido, o CADE tem editado resoluções que, manifestamente, demonstram a aplicação da regra da razoabilidade.¹⁴⁸

Portanto, a atual legislação de defesa da concorrência brasileira pode ser interpretada conforme os critérios norte-americanos da ilicitude *per se* e regra da razão. Para os incisos II e IV, do artigo 36, cujos ilícitos estão centrados no abuso de poder econômico devem ser considerados como ilícitos *per se*, não se aplicando, portanto, a regra da razão. Os atos decorrentes de abusos devem ser analisados em si mesmos. Não há que se verificar quaisquer efeitos benéficos ou ganhos de eficiência diante do abuso. Ao revés, para os incisos I e III, do artigo 36, deve-se aplicar a regra da razão, tendo em vista que seria desproporcional aplicar a regra da ilicitude *per se*, antes que se pudesse verificar os efeitos benéficos ou ganhos de eficiência para concorrência.

¹⁴⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 313-314

¹⁴⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 314

¹⁴⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 314-315

Por outro lado, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – tem aplicado, em seus julgamentos, os critérios norte-americanos supra analisados.

Com linha de pensamento diversa, de acordo com Paula Forgioni, no Brasil, não existe a ilicitude *per se*, pois as condutas previstas no §3.º, do artigo 36, para serem declaradas ilícitas, deverão ser comprovados os seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo *caput*, do artigo 36. Diante deste entendimento, no Brasil, não existe ilicitude *per se*.¹⁴⁹

Conclusões diversas apresentadas pelos citados Autores no que tange sobre a existência ou não da ilicitude *per se* no Brasil devem-se ao texto normativo do artigo 36, da Lei 12.529/11, por não ser suficientemente claro para o esclarecimento desse assunto o que leva a doutrina adotar soluções que, por vezes, podem ser vacilantes.

Com relação a esse assunto, no Antitrust Bulletin¹⁵⁰, é apresentado um artigo que, em resumo, a política antitruste norte americana, ao longo do tempo, mitigou a regra *per se* para a regra da razão, com o objetivo de possibilitar melhor eficiência no mercado. Com efeito, neste artigo, em conclusão, é afirmado que a proibição *per se* é a opção, claramente, a opção menos atrativa para as Autoridades da Concorrência estadunidenses.

Apesar da clareza na fundamentação de Paula Forgioni, os citados fundamentos se resumiram, apenas, nas hipóteses legais discriminadas no §3.º, do artigo 36, sendo certo que, neste texto normativo, existem várias outras condutas anticoncorrencias, alcançando as infrações da ordem econômica manifestadas por conluíus entre empresas e abuso de posição dominante que, por terem naturezas diversas, não, necessariamente, deveriam ter o mesmo tratamento. Sendo infração da ordem econômica em que esteja presente o abuso de posição dominante, não há mais necessidade de ser verificado se o abuso traria ou não alguma vantagem para o mercado relevante. Diante do abuso de um direito, com a devida vênia, não pode existir qualquer vantagem. Existindo vantagem, então, não se trata de abuso.

Neste sentido, de acordo com Fernando Aguillar, na atual legislação brasileira, a ilicitude *per se*, além de levar em consideração, em sua análise, os aspectos históricos que fizeram com que tal infração fosse mitigada para se aplicar a regra da razão.

No que tange ao assunto em análise, o Brasil adotou, para caracterização do ilícito antitruste, os requisitos do <<objeto>> ou do <<efeito da conduta>>, conforme adotados na União Europeia. Desta forma, no Brasil, existe a ilicitude *per se* e, ainda, foi adotado o sistema

¹⁴⁹ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 139

¹⁵⁰ **THE ANTITRUST ECONOMICS OF TYING**: a farewell to per se illegality [Em linha]. [Consult. 16 mar. 2020]. Disponível em https://www.justice.gov/sites/default/atr/legacy/2006/11/13/2019224_b.pdf

híbrido. A própria jurisprudência consolidada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – considera a ilicitude *per se*, especialmente, dos <<cartéis *hard core*>>, por presumir a potencialidade lesiva de tais condutas. A violação ocorre no seu próprio objeto. Uma vez caracterizada as condições de existência de um cartel clássico, não há mais a necessidade de provar que seus efeitos causariam prejuízos à concorrência. Ou seja, o cartel clássico, em si mesmo, já causaria prejuízos à concorrência.¹⁵¹

Por todos os argumentos apresentados, considera-se que o pensamento de Fernando Aguillar e de Marcelo Guimarães, no que se refere a existência da ilicitude *per se* na atual lei de defesa da concorrência brasileira, é o que melhor se ajusta nos conceitos jurídico e histórico fundamentados.

Conforme analisado, observa-se que o artigo 1.º, da Lei Sherman visava o controle dos acordos entre empresas de sorte a promover a defesa da concorrência. Por outro lado, o artigo 2.º, da citada Lei, visava vedar a dominação do mercado, através da monopolização ou, então, da tentativa de monopólio. O controle das concentrações, que não tinha sido contemplado na Lei *Sherman*, recebeu, em 1914, regulamentação especial, com a promulgação do *Clayton Act*.¹⁵²

Conforme já analisado, o artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, regulamenta a infração da ordem econômica tanto manifestada nas coligações entre empresas como no abuso da posição dominante. No que tange a este último tipo de infração, a lei de defesa da concorrência, bem como, a anterior revogada, não exigiam que, efetivamente, a empresa fosse detentora de uma posição dominante do mercado relevante. Ou seja, existe a hipótese de uma empresa poder cometer uma infração da ordem econômica por abuso da posição dominante sem que tenha, efetivamente, posição dominante no mercado relevante.

Com relação ao assunto em comento, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, existe preocupação da caracterização da posição dominante do agente econômico no mercado relevante com o objetivo de ser observado se houve o abuso daquela posição. Afinal, o agente econômico não poderia abusar de posição que não a detivesse. No Brasil, a lei não exige que haja a caracterização da existência de posição dominante do agente econômico para que o abuso seja reprimido. De facto, para que o ato possa ser reprimido, seria necessário que houvesse determinados objetivos ou a produção de um dos efeitos previstos no artigo 36, *caput*, da Lei

¹⁵¹ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52

¹⁵² FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 135

n.º 12.529/2011. Portanto, no Brasil, não é necessário deter posição dominante para ofender a ordem econômica.¹⁵³

Para que uma empresa possa ser penalizada por infração da ordem econômica por abuso da posição dominante, não seria necessário demonstrar que ela teria uma posição dominante no mercado relevante. Portanto, para a legislação brasileira, provar se a empresa tem ou não posição dominante no mercado seria irrelevante para o deslinde da causa. O importante seria que a conduta feita pela empresa estivesse em sintonia com o artigo 36, especialmente, estando presentes o objetivo ou os efeitos legais.

Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, um agente econômico poderia praticar infração da ordem econômica por exercer de modo abusivo sua posição dominante se, efetivamente, tivesse posição dominante no mercado relevante até porque não se pode abusar de uma posição de que não se tem.

O controle dos atos de concentrações, previsto, no Título VII, nos artigos 88 ao 91, da Lei n.º 12.529/2011, não será analisado no presente trabalho por não fazer parte do escopo da investigação.

Importante é observar que, apesar do tópico em análise tratar de questões relativas a atual defesa da concorrência brasileira, sob a ótica da legislação infraconstitucional, Lei n.º 12.529/2011, com a influência do Mercosul, nenhum comentário foi feito ao mencionado bloco econômico ao longo dos estudos procedidos neste tópico. Isto deveu-se as peculiaridades do Mercosul com relação aos seus Estados Partes, conforme já analisadas no subitem 1.3.2 Defesa da Concorrência no âmbito do Mercosul.

Com efeito, pelas peculiaridades deste bloco econômico, conforme já analisado, todos os Tratados, Acordos e Protocolos no âmbito do Mercosul devem ser, necessariamente, internalizadas nos ordenamentos jurídicos de seus Estados Partes o que resultou, no Brasil, em diversos Decretos Legislativos e Decretos Presidenciais já analisados.

Em face disto, as questões relativas à defesa da concorrência no âmbito do Mercosul devem ser, necessariamente, incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais para que possam ser obrigatórias. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que tange a defesa da concorrência, já incorporou as questões de relevância no âmbito do Mercosul. Diante deste facto, toda investigação realizada, neste tópico, em questões relativas à defesa da concorrência brasileira, indiretamente, foi contemplada todas as questões relevantes no âmbito do Mercosul.

¹⁵³ *Idem – Op. Cit.* p. 137

2.3. Defesa da concorrência em Portugal

2.3.1. Constituição da República de Portugal na defesa da ordem econômica

Inicialmente, cabe informar que a Constituição da República Portuguesa recepciona, expressamente, os Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas de suas instituições, sendo, dessa forma, aplicáveis na ordem interna de Portugal, nos termos do artigo 8.º, n.º 4, daquela Constituição. E, ainda, as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte do direito de Portugal, conforme n.º 1, daquele dispositivo constitucional.

Por outro lado, observa-se, ainda, que o direito econômico é tão importante para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico que a sua tutela já se encontra em sede constitucional.

Com efeito, foram analisados, nos tópicos anteriores, os princípios e regras constitucionais diante da ordem econômica no Brasil. Neste tópico, por sua vez, de forma breve, serão analisados, igualmente, os princípios e regras da ordem econômica contidos na Constituição da República Portuguesa de 1976.

A constitucionalização dos direitos econômico, sociais e políticos impôs ao legislador infraconstitucional a obrigação de respeitar os citados direitos e, ainda, impôs aos governantes a obrigação do fornecimento das mencionadas prestações aos cidadãos. Por óbvio, o fenômeno da constitucionalização oferece uma tutela mais eficaz aos direitos se estes forem protegidos pelas constituições.¹⁵⁴

Para efetivação, especialmente, do direito econômico, de acordo com Canotilho, importante seria fazer menção, especialmente, aos artigos 2.º, 9.º, 80.º e 81.º, da Constituição da República Portuguesa que serão resumidamente analisados mais adiante no que se referem a defesa da concorrência portuguesa.¹⁵⁵

A Constituição de 1933 foi a primeira a consagrar o princípio explícito de heterorregulação do mercado, tendo em vista que as Constituições anteriores, quais sejam, Constituição de 1822, Carta Constitucional de 1826, Constituição de 1838 e Constituição de 1911 obedeciam, genericamente, às características liberais no que tangia a questão econômica. A Constituição de 1933 reconhecia, dentre outras características, a necessidade da intervenção

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.^a ed. 13.º reimp. Coimbra: Edições Almedina. p. 475-476

¹⁵⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 478

dos poderes públicos, apenas de modo subsidiário e corretivo, para que fosse consolidado o princípio protecionista da economia nacional.¹⁵⁶

Ainda, diante do assunto em questão, as relações jurídicas, especialmente, diante dos direitos econômicos e sociais não se dão, apenas, entre o Estado e os particulares. Tais direitos são alcançados pelo artigo 18.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, dando-lhes <<eficácia horizontal.>> Ou seja, além do legislador e dos governantes terem a obrigação de observar aqueles direitos, eles devem ser observados, também, nas relações jurídicas privadas. Portanto, a Constituição Portuguesa aponta para uma eficácia horizontal dos direitos econômicos, sociais e culturais, conferindo-lhes um conteúdo essencial de sorte a garantir a dignidade humana.¹⁵⁷

Portanto, os direitos econômicos e sociais se encontram inseridos nos direitos fundamentais, devendo ser respeitado o conteúdo essencial daqueles direitos para que respeitada a dignidade da pessoa humana.

Diante dos fundamentos apresentados, serão analisados alguns artigos da Constituição da República Portuguesa de 1976 que dizem respeito a ordem econômica portuguesa, especialmente, aos que se referem a defesa da concorrência.

O artigo 2.º,¹⁵⁸ da mencionada Constituição, informa que a República Portuguesa é um Estado de direito democrático que se fundamenta nos princípios da soberania popular, do pluralismo de expressão e organização política democráticas, do respeito e da garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, além de se fundamentar, também, no princípio da separação e interdependência de poderes. O conjunto de princípios fundamentais, insculpido no dispositivo constitucional em análise, norteia a República Portuguesa, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e, ainda, o aprofundamento da democracia participativa.

Para realizar a democracia econômica e social, que é um dos objetivos do Estado Português, conforme previsto no artigo 2.º, da Constituição Portuguesa, teria de subordinar o poder econômico ao poder político. Ou seja, tornam-se incumbências do Estado a orientação e

¹⁵⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 40

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 483-484

¹⁵⁸ **CONSTITUIÇÃO** da República Portuguesa (Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto). “ARTIGO 2.º (Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

o controle das atividades econômicas, impondo-se a regulação pública, em alguns aspectos, para o funcionamento de alguns setores da economia.¹⁵⁹

O artigo 9.º, da Constituição Portuguesa, define que são tarefas fundamentais do Estado Português: (a)) a garantia da independência nacional e da criação das condições políticas, econômicas, sociais e culturais; (d)) a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e, ainda, a promoção da igualdade real entre os portugueses, incluindo a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais; dentre outras tarefas fundamentais.

Por outro lado, a Constituição da República Portuguesa de 1976, Parte II, nos artigos 80.º ao 107.º, regula, em nível constitucional, a Organização Económica de Portugal.

O artigo 80.º, da Constituição, preconiza que a organização económico-social se fundamenta em diversos princípios que são discriminados no correspondente texto constitucional. Dentre eles, cita-se os seguintes princípios: (a)) subordinação do poder económico ao poder político democrático; (b)) coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; (c)) liberdade de iniciativa e de organização empresarial; (f)) proteção do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; dentre outros.

Pelo que se vê, a ordem económica portuguesa, no artigo 80.º, em resumo, é norteada, expressamente, pelos princípios constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa, dentre outros.

Aliás, o direito de propriedade privada está regulamentado no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, que preconiza que é garantido a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão entre vivos ou *causa mortis*. Entretanto, como todos os direitos constitucionais, o direito de propriedade não é absoluto, devendo sofrer limitações ou restrições diante de outros direitos igualmente importantes.

No mesmo sentido, o artigo 82.º, n.º 3, preconiza que, no setor privado, a propriedade dos meios de produção, bem como, a sua gestão pertencem a pessoas singulares ou coletivas privadas.

Portanto, a própria Constituição informa que os meios de produção e a gestão, no setor privado, pertencem as pessoas singulares ou coletivas privadas. É a garantia constitucional da propriedade privada na ordem económica portuguesa.

¹⁵⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 45

O direito da propriedade privada não é um direito absoluto, devendo ser objeto de limitações ou restrições as quais se relacionam com a função social da propriedade e, ainda, com o abuso do direito, além das razões de utilidade pública e da necessidade de conferir eficácia a outros princípios e regras constitucionais.¹⁶⁰

Portanto, em resumo, que o direito da propriedade privada não pode ser um direito absoluto, tendo em vista que poderá entrar em conflito com outros direitos constitucionais igualmente importantes, incluindo-se, neste rol, outros direitos econômicos ou sociais e as disposições da Organização Económica, conforme na Parte II, da Constituição Portuguesa.

Além do direito da propriedade, os direitos da livre iniciativa, previsto no artigo 80.º, c), da Constituição, e da livre concorrência são direitos inerentes ao direito económico português. No que tange a livre iniciativa e a livre concorrência, tais questões já foram analisadas no item 2.1.2., desta Dissertação. No que tange ao direito da propriedade, tal assunto não será aprofundado no presente trabalho por não pertencer ao escopo da investigação. As análises realizadas do direito de propriedade, da livre iniciativa e da livre concorrência se restringiram ao indispensável para o desenvolvimento do tema proposto neste trabalho.

O artigo 81.º, da Constituição Portuguesa, atribui, prioritariamente, ao Estado, algumas atividades no âmbito económico e social. Com efeito, cabe ao Estado (a) promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas; (d) promover a coesão económica e social de todo o território nacional, com crescimento equilibrado em todos os setores e regiões; (f) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantindo o equilíbrio da concorrência entre as empresas, contrariar as organizações monopolistas e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas ao mercado; (l) assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país; dentre outras atividades prioritárias do Estado no âmbito económico e social.

Dessa forma, observa-se que o artigo 81.º, f),¹⁶¹ da Constituição Portuguesa, atribui prioritariamente ao Estado o dever de assegurar funcionamento eficiente dos mercados, garantindo uma equilibrada concorrência entre empresas. Para isto, o Estado deverá combater a concentração económica – formas de organização monopolistas -, reprimir os abusos da posição dominante do mercado e reprimir condutas ou práticas anticoncorrenciais.

¹⁶⁰ *Idem – Op. Cit.* p. 49

¹⁶¹ **CONSTITUIÇÃO** da República Portuguesa (Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto). “ARTIGO 81.º (**Incumbências prioritárias do Estado**) Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...]f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; [...]”

Portanto, o citado dispositivo constitucional prevê a defesa da concorrência portuguesa no que tange aos três tipos principais das práticas antitruste que são as coligações, o abuso de posição dominante e as concentrações.

Como objetivos da política comercial, o artigo 99.º, da Constituição Portuguesa, define os seguintes: (a)) concorrência salutar dos agentes mercantis; (b)) a racionalização dos circuitos de distribuição; (c)) o combate às atividades especulativas e às práticas comerciais restritivas; (d)) o desenvolvimento e a diversificação das relações econômicas externas; e (e)) a proteção dos consumidores.

Portanto, como se observa, constituem-se, como objetivos da política comercial, dentre outras, a concorrência sadia entre os agentes econômicos; a racionalização dos circuitos de distribuição que ocorre mediante coligações verticais; e a proteção dos consumidores que, também, é um dos princípios constitucionais que norteia a ordem econômica brasileira, conforme insculpido no artigo 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O artigo 86.º, da Constituição Portuguesa, preconiza que o Estado deve incentivar a atividade empresarial, em especial, as pequenas e médias empresas (n.º 1); e, ainda, o Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas, transitoriamente, nas hipóteses legais ou mediante prévia decisão judicial (n.º 2).

Os artigos constitucionais analisados, da Constituição da República Portuguesa, neste tópico, são aqueles que foram considerados os mais importantes diante do tema que está sendo desenvolvido na presente dissertação e que darão suporte técnico para questões que serão analisadas mais adiante.

2.3.2. Ordenamento jurídico infraconstitucional português com a influência da União Europeia na defesa da concorrência

2.3.2.1. Considerações iniciais

Neste tópico, serão analisadas as questões relevantes relativas à defesa de concorrência no ordenamento jurídico de Portugal, levando-se em consideração a influência da União Europeia. No presente estudo, serão levados em consideração, apenas, os aspectos referentes a atual ordem econômica europeia e ordem econômica portuguesa.

Devido ao artigo 52.º, do Tratado da União Europeia (TUE), e ao artigo 355.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), observa-se que ambos os Tratados se aplicam,

também, a Portugal, razão pela qual a defesa da concorrência portuguesa será analisada em conformidade com os mencionados Tratados.

Conforme já analisado, o direito europeu não se preocupa com a localização no território da União Europeia onde ocorreram os elementos de um comportamento anticoncorrencial, pois a defesa da concorrência se baseia na localização dos efeitos anticoncorrenciais dos comportamentos. Para exemplificar tal assertiva, na hipótese de haver uma coligação de empresas localizadas no espaço da União Europeia, mas destinando-se a produzir efeitos fora dessa União, as regras europeias não seriam aplicadas. Entretanto, a situação poderia ser diferente se tais coligações se fizessem sentir mesmo que, reflexamente, na União Europeia. Nesta hipótese, diante de um efeito anticoncorrencial indireto, poderia se justificar a aplicação do direito da União Europeia.¹⁶²

Interessante questão surge quando se questiona sobre a aplicação ou não do direito da União Europeia diante de práticas anticoncorrenciais realizadas por empresas estabelecidas fora da União Europeia, mas que pudessem trazer reflexos negativos para o mercado da União Europeia. Diante dessa complexa questão, a jurisprudência e a prática administrativa apontam no sentido da aplicação do direito da União Europeia nessas hipóteses. O Tribunal de Justiça, em 1971, no acórdão *Béleguin*, esclareceu que acordos firmados entre empresas estabelecidas em países que estejam fora do Mercado Comum, mas que produzam seus efeitos no citado Mercado, estariam sujeitos à aplicação do artigo 101.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Portanto, o Tribunal utilizou-se do critério da <<territorialidade objetiva>> ou <<teoria dos efeitos>>.¹⁶³

Portanto, citando-se uma decisão do Tribunal de Justiça, de 1971, como paradigma, chega-se a conclusão de que os precedentes jurisprudenciais indicam que os Tratados da União Europeia seriam aplicados diante de uma coligação anticoncorrencial mesmo que as empresas estejam estabelecidas fora da União Europeia, bastando, apenas, que os efeitos da conduta anticoncorrencial se faça sentir no Mercado Comum. Portanto, o Tribunal de Justiça utiliza-se do critério da territorialidade objetiva ou da teoria dos efeitos.

Diante da breve análise realizada, neste tópico, no que tange a defesa de concorrência na União Europeia associada com as análises realizadas no item 1.2.2, permitem-se fazer análise crítica entre o direito europeu e o direito português, especificamente, quanto a defesa de

¹⁶² SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 318-319

¹⁶³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 319

concorrência. Dessa forma, a partir de agora, serão analisadas questões relevantes e pertinentes na defesa da concorrência na legislação infraconstitucional portuguesa.

Existem dois sistemas de defesa de concorrência: o sistema de dano potencial e sistema de dano efetivo. O primeiro sistema consiste no controle prévio das práticas restritivas por órgão administrativo ou jurisdicional, resultando em declaração nula ou não das práticas realizadas. Ao revés, o segundo sistema impõe em controle *a posteriori* das práticas adotadas, podendo, dessa forma, aferir os seus efeitos. O exemplo clássico do sistema de dano potencial é, justamente, a Lei Sherman norte-americana, de 1890.¹⁶⁴

No que se refere as ilicitudes *per se* e regra da razão de origem norte-americana, conforme já analisadas, o sistema europeu e o sistema português possuem características híbridas.¹⁶⁵

No que tange ao assunto em voga, o sistema da União Europeia não parece ser tranquilo, pois o artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pois todas as coligações entre empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, no âmbito da União Europeia, serão consideradas ilícitas. Portanto, por ter sido adotada a ilicitude pelo objeto, estar-se-ia diante da proibição *per se*. Com relação a esta questão, pelo facto de ter sido adotada a ilicitude pelo objeto, induz-se o conceito da proibição *per se*. Entretanto, ao ser analisado o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado em questão, observa-se a possibilidade de isenção daquelas mesmas condutas diante dos benefícios que possam trazer ao mercado, nos termos previstos no Tratado. Diante disto, conforme Marcelo Guimarães, existem autores que sustentam que o sistema antitruste europeu teria adotado o conceito da regra da razão.¹⁶⁶

Ao nosso ver, deveria haver igual análise no artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) para se chegar à conclusão de que o sistema europeu teria adotado a regra da razão.

Com efeito, analisando-se o artigo 102.º, do citado Tratado, parece que foi adotada a ilicitude *per se*, conforme já analisada, pelo facto da conduta anticoncorrencial não trazer qualquer possibilidade de melhora da produção ou distribuição ou qualquer outra vantagem que possa introduzir no mercado para que se justifique a aplicação da regra da razão.

Dessa forma, considera-se que o pensamento adotado por António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Marques, que informam que o sistema europeu possui característica híbrida,

¹⁶⁴ *Idem – Op. Cit.* p. 308

¹⁶⁵ *Idem – Op. Cit.* p. 309

¹⁶⁶ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência.** p. 51

melhor se ajusta ao direito da União Europeia, pelas razões já expostas. Adotando-se o mesmo raciocínio, ao ser analisado os artigos 11.º e 12.º, da Lei 19/2012, concluímos que Portugal adotou, também, sistema híbrido. Os citados artigos da atual Lei de Concorrência de Portugal serão melhor analisados mais adiante.

A atual Lei da Concorrência de Portugal é a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que revogou a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e a Lei 39/2006, de 25 de Agosto, (Lei da Clemência) e procedeu a segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro.

O objetivo da promulgação da nova lei de concorrência de Portugal deveu-se a dois fatores principais. O primeiro deles foi para haver maior harmonização do regime interno de concorrência com o da União Europeia. O segundo foi a necessidade de ampliar a competência da Autoridade da Competência com a finalidade de tornar mais eficazes as ações de repressão aos ilícitos anticoncorrenciais.¹⁶⁷

Com o objetivo de analisar as questões relativas à defesa de concorrência portuguesa nos mesmos moldes da análise que foi realizada na defesa de concorrência brasileira, a lei de defesa de concorrência portuguesa será analisada sob os aspectos institucional, processual e material em questões que foram consideradas importantes para o desenvolvimento desta Dissertação.

A Lei n.º 19/2012, no artigo 2.º, define a sua finalidade quando preconiza que é aplicável a todas as atividades económicas permanentes ou ocasionais, nos setores privado, público e cooperativo (n.º 1). E, ainda, que a presente lei é aplicável à promoção e defesa da concorrência, especialmente, para reprimir as práticas restritivas e as operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos (n.º 2).

Quanto ao aspecto institucional, a Autoridade da Concorrência (AdC) é um órgão que surgiu em 2003 quando reuniu as funções da extinta Direção-Geral da Concorrência e do Conselho da Concorrência. É o órgão que deve lidar com as matérias pertinentes com a defesa da concorrência. A revogada Lei n.º 18/2003 optou por uma estrutura de carácter monista, tendo em vista que será da competência da Autoridade da Concorrência a investigação e a decisão em primeira instância pertinentes as matérias de concorrência.¹⁶⁸

No que se refere a criação da Autoridade da Concorrência (AdC), a AdC foi criada em 18 de Janeiro de 2003, mediante o Decreto-Lei 10-2003, em que se estabeleceu um Conselho de Autoridade da Concorrência e a Direção Geral da Concorrência e Comércio. O Conselho da Autoridade da Concorrência e a Direção Geral da Concorrência e Comércio eram independentes

¹⁶⁷ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 316

¹⁶⁸ *Idem - Ibidem*

e dotados de autonomia financeira própria. De acordo com aquele Decreto-Lei, a Autoridade da Concorrência tinha competência normativa sobre a concorrência em todos os setores da economia. Era, também, plenamente, garantida, especialmente, nas decisões que tomasse.¹⁶⁹

Espanha e Portugal possuem estreita relação bilateral no que se refere a questão da concorrência, destacando que os mencionados Países participam dos *Encuentros Ibéricos de Defensa de la Competencia* que ocorre uma vez por ano.¹⁷⁰

O artigo 5.º, da atual Lei da Concorrência, preconiza que o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência que, para tal, tem poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos (n.º 1). Como se vê, a competência da Autoridade da Concorrência é bastante ampla, pois, além dos poderes sancionatórios e de supervisão, possui competência para regulamentar, entretanto, tudo nos limites da presente lei e de seus estatutos. Estes são aprovados por decreto-lei (n.º 2).

No aspecto processual, a Lei da Concorrência preconiza, no Capítulo II, Secção II, a regulamentação do processo sancionatório relativo a práticas restritivas, nos artigos 13.º ao 35.º.

A Lei n.º 19/2012, no artigo 18.º, prevê que a Autoridade da Concorrência pode realizar interrogatórios a empresas e demais pessoas envolvidas, inspeções e auditorias nas empresas investigadas. Prevê, ainda, que, no âmbito de suas investigações, pode promover buscas e apreensões em qualquer local, em busca de elementos probatórios. Pode, também, requisitar serviços da Administração Pública, incluindo as entidades policiais, para colaborar no desempenho funcional daquela Autoridade. Ou seja, no exercício de poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência possui ampla competência para promoção dos meios necessários para os esclarecimentos dos factos.

No aspecto material, António dos Santos, a legislação portuguesa de defesa da concorrência adotou o critério do efeito anticoncorrencial territorial, pois proibem-se comportamentos anticoncorrenciais que ocorram no mercado português ou, então, cujos efeitos, reais ou potenciais, possam ser verificados no citado mercado, mesmo que as empresas responsáveis por tais comportamentos estejam estabelecidas fora do território português.¹⁷¹

¹⁶⁹ BERUMEN, Sergio A. – La política de la competencia en nuestros vecinos más cercanos: Francia y Portugal. In **La política de la competencia en Europa**. Sergio A. Berumen (Coord.). Madrid: Esic Editorial, 2009. p. 69-70.

¹⁷⁰ *Idem* – *Op. Cit.* p. 70

¹⁷¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 320

Com efeito, o artigo 2.º,¹⁷² n.º 2, da Lei n.º 19/2012, preconiza que esta Lei se destina a promoção e defesa da concorrência relativas às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território português ou que, neste território, tenham ou possam ter efeitos. Portanto, a legislação portuguesa utiliza de critérios semelhantes à União Europeia para repressão das condutas anticoncorrenciais.

Diante das conclusões mencionadas, surge uma importante questão que seria qual dos direitos que deveria ser aplicado – direito europeu ou direito português – na hipótese de ocorrer uma prática anticoncorrencial que produza seus efeitos no mercado português e, ainda, afete o comércio do Mercado Comum.

O Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), no artigo 3.º, n.º1, dispõe sobre as matérias que a União Europeia tem competência exclusiva. Sendo que, no *b*), do dispositivo em análise, dispõe que é da competência exclusiva da União o estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do Mercado Comum Europeu.

Tratando, também, da questão da concorrência, o artigo 103.º, n.º1 c/c n.º2, *e*), do Tratado, preconizam que os regulamentos ou diretivas necessárias à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho. Os mencionados regulamentos e diretivas tem, por finalidade, dentre outras, definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente secção ou as adotadas em execução do presente artigo.

Diante da interpretação, especialmente, dos dispositivos supracitados do Tratado, as condutas anticoncorrenciais que produzam ou possam produzir seus efeitos no Mercado Comum, deve ser aplicado o direito europeu.

Entretanto, diante da hipótese da prática anticoncorrencial produzir efeitos no mercado português e afetar o Mercado Comum, através das condutas previstas no artigo 101.º, acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas anticoncorrenciais, e no artigo 102.º, abuso de posição dominante, deve-se aplicar, simultaneamente, o direito português e o direito europeu, sendo que aquele direito deve se conformar a este.¹⁷³

¹⁷² Lei n.º 19/2012. **Diário da República 1.ª Série**, N.º 89 (08-05-2012). “Artigo 2.º **Âmbito de aplicação**. 1 – A presente lei é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo. 2 – Sob reserva das obrigações internacionais do Estado português, a presente lei é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentrações de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.”

¹⁷³ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 321

O artigo 3.º, da Lei n.º 19/2012, dispõe sobre a noção de empresa, considerando que, para efeitos legais, empresa é qualquer entidade que exerça uma atividade econômica relativa ao fornecimento de bens ou serviços, em determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico (n.º 1). Dispõe, ainda, que é considerada como uma única empresa o conjunto delas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade econômica ou mantem entre si laços de interdependência nas formas definidas no dispositivo legal analisado (n.º 2). Portanto, a noção de empresa na lei de concorrência portuguesa é bastante ampla, assim como, também ocorre no direito europeu, conforme já analisado no capítulo anterior.

Os tipos de práticas restritivas da concorrência encontram-se normatizadas, no Capítulo II, Secção I, nos artigos 9.º ao 12.º, da Lei n.º 19/2012. No artigo 9.º, são regulamentados os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas. No artigo 11.º, é regulamentado o abuso de posição dominante.

No Título III, Secção I, nos artigos 36.º ao 41.º, da Lei n.º 19/2012, estão regulamentadas as operações sujeitas ao controle da concentração de empresas.

Entretanto, o presente trabalho focará, especialmente, na análise dos acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas e na análise do abuso de posição dominante. As questões relativas às concentrações, conforme já referenciado, não fazem parte do escopo dessa dissertação.

2.3.2.2. Práticas concertadas, acordos e decisões de associações restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012

O artigo 9.º, n.º 1, da Lei de Concorrência, preconiza que são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que, por objeto ou por efeito, possam impedir, falsear ou restringir o mercado português e, ainda, em seis (6) incisos, nomeia, especificamente, algumas condutas anticoncorrenciais.

Portanto, os acordos entre empresas, as práticas concertadas e as decisões de associações serão, sempre, ilícitas quando, de qualquer forma, impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência do mercado português. Seguindo o pensamento europeu, a Lei de Concorrência de Portugal, de igual forma, preconiza que as condutas descritas serão ilícitas quando tiverem por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado português.

Ao se confrontar o artigo 9.º, n.º 1, da Lei de Concorrência de Portugal, com o artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), observa-se que ambos os dispositivos legais possuem redações bastante semelhanças entre si.

Além das condutas genéricas consideradas anticoncorrenciais de acordo com o artigo 9.º, *caput*, o Legislador infraconstitucional nomeou, especificamente, algumas condutas consideradas como ilícitas, conforme se demonstram nas alíneas *a)* a *e)*, do dispositivo legal em análise. O rol dessas condutas anticoncorrenciais nomeadas é, meramente, exemplificativo. Ao se confrontar as condutas específicas nomeadas no artigo 9.º, Lei de Concorrência de Portugal, com as condutas nomeadas no artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), observa-se ambos os grupos de condutas específicas possuem a mesma redação.

O artigo 9.º, n.º 2, do dispositivo legal em análise, preconiza que será aplicada pena de nulidade para as condutas consideradas ilícitas, nos termos do que dispõe o citado dispositivo legal em seu n.º 1, exceto se tais condutas forem consideradas justificadas. De igual forma, a citada pena de nulidade, também, se observa no artigo 101.º, n.º 2, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

A justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas dar-se-á nos termos do artigo 10.º, da Lei da Concorrência. As citadas condutas, apesar de serem anticoncorrenciais, podem ser justificadas se contribuírem para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou promoverem o desenvolvimento técnico ou econômico. Além disto, as citadas condutas devem, cumulativamente, reservar aos utilizadores dos bens ou serviços uma parte equitativa do benefício resultante (*a*)); não devem impor restrições além daquelas necessárias para atingir os objetivos (*b*)); e não permitam às empresas envolvidas a possibilidade de eliminação da concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços (*c*)).

Portanto, o dispositivo legal em análise segue a mesma linha de pensamento adotada no direito europeu. Com efeito, a redação adotada pelo artigo 10.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, é bastante similar à redação adotada no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que preconiza, igualmente, os critérios para que condutas anticoncorrenciais sejam consideradas válidas.

O artigo 10.º, n.º 2, preconiza que a prova do preenchimento dos requisitos dispostos no número anterior deve ser promovida pelas empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação.

A nova lei da concorrência impõe às empresas invocarem e provarem a existência de condições de justificação, seguindo, dessa forma, o exemplo do direito europeu.¹⁷⁴

¹⁷⁴ *Idem* – *Op. Cit.* p. 342

O artigo 10.º, n.º 3, preconiza, expressamente, que são considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que, embora proibidos pelo artigo 9.º, preenchem os requisitos definidos no n.º 3, do artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mesmo que tais condutas não afetem o comércio entre os Estados Membros.

A Autoridade da Concorrência de Portugal considera que, no contexto concorrencial, os agentes económicos têm o dever de determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado. Quando isto não ocorre, indicando haver coordenação ou colusão entre os agentes económicos pode estar havendo a presença de práticas restritivas da concorrência. Ou seja, essas condutas anticoncorrenciais são os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associação de empresas que, ao contrariar a autonomia dos agentes económicos, reduzem ou eliminam a concorrência. Como exemplo de colusão particularmente relevante anticoncorrencial pode ocorrer no âmbito das obras públicas, quando os concorrentes em concursos públicos, se coordenam, previamente, de forma ilícita, de sorte a obter vantagens junto ao erário público.¹⁷⁵

2.3.2.3. Abuso de posição dominante na Lei n.º 19/2012

Quanto a proibição do abuso de posição dominante, o artigo 11.º, da Lei da Concorrência, regulamenta o assunto. Com efeito, o dispositivo legal em análise, no n.º 1, preconiza que é proibida a exploração abusiva de posição dominante no mercado português ou em parte substancial deste por uma ou mais empresas. Aliás, esta redação é semelhante ao direito europeu, no artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

As proibições constantes do artigo 102.º possuem natureza geral e absoluta. Dessa forma, os citados Autores afirmam que não existe a possibilidade de haver justificação de condutas. Do ponto de vista do Tratado, não poderia haver qualquer contribuição para o progresso económico diante da noção de abuso, em si mesmo. Em situação diversa, já na repressão das coligações anticoncorrenciais preconizada, no artigo 101.º, do Tratado, seria possível haver isenções, diante das citadas coligações que pudessem contribuir com alguma vantagem económica.¹⁷⁶

¹⁷⁵ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA [Em linha]. [Consult. 20 Mai. 2020]. Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx

¹⁷⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 342-343

Portanto, o Tratado, diante da repressão ao abuso de posição dominante, não oferece qualquer possibilidade de isenção das condutas anticoncorrenciais constantes do artigo 102º por se tratar de condutas que possuem a noção de abuso. Dessa forma, condutas que possuem, em seu bojo, a noção de abuso não pode contribuir para obtenção de qualquer vantagem econômica até porque a ilicitude das citadas condutas já exsurge do próprio abuso.

Abusar da posição dominante do mercado relevante é antijurídico, pois permite limitar a oferta, aumentar os preços, impor condições aos seus compradores, dentre outras possibilidades de condutas anticoncorrenciais. As distorções do mercado só ocorreriam diante do exercício abusivo de uma empresa que possuísse uma posição dominante no mercado relevante.¹⁷⁷

Dessa forma, as condutas anticoncorrenciais constantes do artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pertencem a categoria das ilicitudes *per se*, conforme já analisadas anteriormente.

Ao se confrontar o artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), com o artigo 11.º, n.º 1, da atual Lei da Concorrência de Portugal, observa-se que ambos os dispositivos legais possuem a mesma estrutura com redação bastante semelhante. Dessa forma, as observações acima feitas com relação ao artigo 102.º valem, também, para o artigo 11.º, n.º 1, da atual Lei de Portugal.

Seguindo, também, o exemplo do direito europeu, o artigo 11.º, n.º 2, nomeia as condutas que poderiam ser consideradas como abusiva de posição dominante. Os incisos *a)* e *d)*, do dispositivo legal analisado, apresentam exemplos de condutas que são iguais àquelas demonstradas no artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). As condutas anticoncorrenciais nominadas em ambos os dispositivos legais são, meramente, exemplificativas.

Entretanto, o artigo 11.º, n.º 2, nomeia uma conduta que pode ser considerada abusiva e que não está presente naquele artigo 102.º. Com efeito, esta conduta está prevista no artigo 11.º, n.º 2, *e)*,¹⁷⁸ que preconiza que pode ser considerada conduta abusiva recusar o acesso a uma rede ou outras infraestruturas essenciais, que se tenha controle, contra remuneração adequada de qualquer outra empresa que as necessite, por razões de fato ou legais, para operar, no

¹⁷⁷ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência:** Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. p. 149

¹⁷⁸ Lei n.º 19/2012. “Artigo 11.º **Abuso de posição dominante.** [...] 2 – Pode ser considerado abusivo, nomeadamente: [...] *e)* Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.”

mercado, em concorrência com aquela empresa que possui uma posição dominante. A conduta estaria justificada se a empresa que a praticou demonstrasse que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso seria impossível em condições de razoabilidade.

Observa-se que a conduta anticoncorrencial que está expressa na Lei de Concorrência de Portugal e que não está, expressamente, prevista no Tratado é de fundamental interesse da atualidade, pois envolve o abuso ao acesso em infraestrutura de caráter essencial que, seguramente, poderá prejudicar outras empresas concorrentes que necessitam, por razões de facto ou legais, ter acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais. Por óbvio, o abuso da posição dominante da empresa quanto a infraestrutura de caráter essencial acarreta prejuízos à concorrência do mercado relevante.

No mesmo sentido, António dos Santos, resolver o acesso às infraestruturas essenciais, por regras de concorrência, impõe às entidades privadas uma posição dominante e detentoras de uma posição de privilégio para permitir o acesso dos concorrentes às infraestruturas essenciais, mediante remuneração razoável, cujo objetivo seria possibilitar uma concorrência efetiva no mercado quando isto dependesse do acesso de outras empresas nas mesmas infraestruturas.¹⁷⁹

Por fim, define-se infraestrutura de caráter essencial como uma situação de monopólio econômico de facto ou de direito em que um agente econômico tem a exclusividade legalmente protegida que lhe permite o controle de fatores essenciais necessários para fabricação de um produto ou fornecimento de um serviço.¹⁸⁰

O artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, de igual forma, possui redação bastante semelhante ao do artigo 102.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que trata, também, da proibição do abuso de posição dominante no Mercado Comum.

Diante das questões analisadas, cabe ressaltar que tanto o Tratado como a Lei de Concorrência de Portugal não proíbem que empresas possam exercer posição dominante no mercado relevante, desde que a exerçam de forma lícita. Portanto, o que não se admite é o exercício abusivo de posição dominante naquele mercado.

O artigo 11.º, n.º 1, da atual Lei da Concorrência, apenas, afirma que são proibidas as condutas, de uma ou mais empresas, que caracterizem exploração abusiva de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, sem, no entanto, definir o que seja o exercício de uma posição dominante.

¹⁷⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 349

¹⁸⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 349

A ausência de uma definição desse conceito, na atual Lei da Concorrência, não parece que isto possa causar perturbação ao entendimento da proibição, tendo em vista que é pacífica a noção de posição dominante na jurisprudência europeia.¹⁸¹

Com relação ao abuso de posição dominante, a Autoridade da Concorrência de Portugal considera que o exercício do abuso de posição dominante ocorre quando uma empresa utiliza seu poder no mercado, explorando os demais agentes econômicos ou excluindo concorrentes do mercado. Para se verificar a posição dominante de uma empresa, necessário seria delimitar o mercado relevante nas suas dimensões do produto ou serviço e geográfica. A delimitação do mercado permite apurar a quota de mercado que a empresa em análise possui.¹⁸²

Para aquela Autoridade, existem dois tipos de abusos. Com efeito, o abuso por exploração ocorre quando uma empresa explora sua posição dominante em detrimento aos demais agentes econômicos, envolvendo, por exemplo, majoração de preços, condições de contratos não isonômicos, dentre outros. E, ainda, o abuso por exclusão que visa afastar concorrentes do mercado, como por exemplo, recusa de fornecimento, preços predatórios, dentre outros. Diante disto, cabe ressaltar que o direito da concorrência visa proteger a prática concorrencial e não, proteger os concorrentes em si.¹⁸³

2.3.2.4. Abuso de dependência econômica na Lei n.º 19/2012

O artigo 12.º,¹⁸⁴ da Lei de Concorrência, normatizou o abuso de dependência econômica cuja figura jurídica não foi contemplada no direito europeu.

De acordo com o mencionado dispositivo legal, são consideradas, também, como condutas anticoncorrenciais, as que são exercidas com abuso de dependência econômica capazes de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. O abuso de dependência econômica pode ser exercido por empresas com grande poder econômico, mas sem posição dominante. Portanto, nos termos do dispositivo legal em análise, é proibida a

¹⁸¹ *Idem – Op. Cit.* p. 348

¹⁸² AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA [Em linha]. [Consult. 20 Mai. 2020]. Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx

¹⁸³ AUTORIDADE CONCORRÊNCIA [Em linha]. [Consult. 20 Mai. 2020]. Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx

¹⁸⁴ Lei n.º 19/2012. “Artigo 12.º **Abuso de dependência económica.** 1 – É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.”

exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que elas se encontrem relativamente a outras empresas fornecedoras ou clientes, por não disporem de alternativas equivalentes. A exploração abusiva do estado de dependência econômica deverá ser capaz de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.

Para o abuso de dependência econômica, o mesmo tratamento que foi dado para condutas relativas ao abuso de posição dominante. O que se reprime não é a dependência econômica de empresas. É o abuso, em si, que é ilícito e deve ser reprimido. Não é fácil caracterizar o abuso que possa existir diante da dependência econômica entre empresas. O abuso pode surgir, nomeadamente, em contratos de duração continuada – subcontratações, contratos de fornecimento, dentre outros, que podem atingir o fornecedor relativamente ao seu distribuidor ou vice-e-versa (dependência ascendente ou descendente). Em muitos casos, podem ser estabelecidas relações hierárquicas com dependências sucessivas, fazendo com que a autonomia de algumas empresas fique reduzida diante da dependência econômica de outras empresas. Ocorre que esta situação de dependência econômica pode facilitar o abuso do estado de dependência econômica pelo aceite do abuso pelas empresas dependentes para não perder o seu cliente ou fornecedor que, por vezes, são os únicos ou, então, os principais.¹⁸⁵

Portanto, o abuso de dependência econômica entre empresas pode surgir de contratos de duração continuada entre elas, *e.g.*, subcontratação, contratos de fornecimento, dentre outros, em que a empresa que se encontra em estado de dependência econômica relativamente a sua empresa fornecedora ou, então, a sua empresa cliente, sendo que a empresa dependente se submete ao abuso de dependência econômica com vistas a não perder, por exemplo, seu principal ou, então, seu único fornecedor ou cliente.

Dessa forma, verifica-se que, em regra, o abuso de dependência econômica entre empresas ocorre através de coligações verticais. Ou seja, o citado abuso de dependência econômica ocorre, em regra, entre empresa pertencentes a níveis diferentes da cadeia produtiva no mercado relevante, *e.g.*, entre o fabricante e distribuidor; fabricante e fornecedor; dentre outros. Diante disso, observa-se que algumas coligações anticoncorrenciais entre empresas podem, em realidade, estar caracterizando o abuso da dependência econômica entre tais empresas, conforme insculpido no artigo 12.º, da Lei de Concorrência.

O poder econômico se refere à condição econômica da empresa em sua atuação no mercado, mesmo possuindo pouca participação - *market share* -, com possibilidade de impor

¹⁸⁵ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**, p. 350-351

aos demais agentes econômicos condições que fariam com que estes não conseguissem resistir à disputa.¹⁸⁶

O facto de uma empresa praticar preços promocionais para os seus produtos e serviços, não estaria, em tese, cometendo nenhuma conduta anticoncorrencial, se tiver por objetivo, por exemplo, o seu ingresso no mercado. Entretanto, se a empresa, abusando do seu poder econômico, pratica preços predatórios, utilizando-se de benefício cruzado, e propiciando que seus concorrentes não consigam acompanhá-la com a consequente quebra destes mesmos concorrentes, por óbvio, aquela empresa estaria cometendo conduta anticoncorrencial sujeita a repressão. Estaria, portanto, aquela empresa abusando de seu poder econômico no mercado relevante.¹⁸⁷

Portanto, uma empresa, abusando de sua posição de poder econômico, mesmo possuindo pouca participação no mercado, pode explorar seus concorrentes, em estado de dependência econômica, causando distorções na concorrência do mercado relevante.

Portanto, o conceito de abuso de posição dominante é completamente diversa do conceito de abuso de dependência econômica.

Nos termos do artigo 12.º,¹⁸⁸ n.º 3, entende-se estar em estado de dependência econômica quando uma empresa não dispuser de alternativa equivalente para seguintes situações: a) houver número restrito de empresas para o fornecimento de bens ou serviços, especificamente, quanto às empresas de serviço de distribuição; e b) a empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

Nos termos do artigo 12.º, n.º 2, é apresentado um rol de condutas que pode ser caracterizado como abuso de dependência econômica. Trata-se de um rol de condutas, meramente, exemplificativo, admitindo-se outros comportamentos anticoncorreciais que podem ser caracterizados como abuso de dependência econômica.

É interessante observar que o próprio dispositivo legal em análise preconiza que as condutas preconizadas nas alíneas a) a d), no n.º 2, do artigo 11.º, que trata da repressão ao

¹⁸⁶ BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência**: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. p. 149

¹⁸⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 149-150

¹⁸⁸ Lei n.º 19/2012. “Artigo 12.º **Abuso de dependência económica**. 1 – [...]. 2 – Podem ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos: a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior; b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas. 3 – Para efeitos do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando: a) O fornecimento de bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.”

abuso de posição dominante, podem, também, caracterizar como condutas abusivas de dependência econômica. Apesar disso, conforme já analisado, o abuso de posição dominante não se confunde com abuso de dependência econômica. Empresas que possam praticar condutas que abusem da dependência econômica, podem não possuir, necessariamente, uma posição dominante no mercado relevante.

Cabe observar que, apesar de os institutos jurídicos do abuso de posição dominante e de o abuso de dependência econômica serem completamente distintos entre si, conforme já analisados, a própria Lei de Concorrência considera que pode haver idêntica conduta anticoncorrencial que pode estar enquadrada como abuso de posição dominante ou, então, como abuso de dependência econômica. Portanto, caberá à Autoridade da Concorrência, diante do facto concreto, através de suas investigações e de seus poderes sancionatórios, determinar em qual instituto jurídico a conduta anticoncorrencial estaria enquadrada.

Diante do exposto, observa-se que a lei reprime o abuso e não, a dependência econômica que possa existir entre empresas. Portanto, o abuso, em si mesmo, já é um ilícito que não pode trazer quaisquer vantagens para concorrência em um mercado relevante, razão pela qual, o artigo 12.º não admite qualquer tipo de justificação para isentar condutas consideradas com abusivas de dependência econômica. Entretanto, a própria lei, quando normatizou a repressão das coligações anticoncorrenciais, no artigo 9.º, da Lei de Concorrência, admitiu algumas situações em que tais coligações pudessem ser consideradas como justificadas por trazer alguma vantagem para o mercado.

Para a Autoridade da Concorrência de Portugal, em síntese, o abuso de dependência econômica ocorre quando uma empresa utiliza, de modo ilícito, seu poder que dispõe em relação a outras empresas que se encontre em estado de dependência com relação àquela. O abuso de dependência econômica, tão-somente, se verifica entre empresas em uma relação vertical. E, ainda, algumas empresas devem estar em estado de dependência com relação a outras. Este tipo de conduta anticoncorrencial não está previsto, expressamente, no Direito da União Europeia, possuindo, entretanto, o mesmo instituto jurídico em alguns Estados Membros da União.¹⁸⁹

¹⁸⁹ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA [Em linha]. [Consult. 20 Mai. 2020]. Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx

Apesar da existência da dependência econômica de algumas empresas com relação a outras, conforme acima descrito, deve, necessariamente, haver o abuso por parte da empresa <<dominante>> para que se caracterize conduta anticoncorrencial.

3. COLIGAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS: CARTÉIS

3.1. Considerações iniciais

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira, Lei n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011, no artigo 36, § 3.º, I, reprime, especificamente, o cartel, como conduta ilícita, quando proíbe o acordo, a combinação, a manipulação ou o ajuste com o concorrente com relação a preços de bens ou serviços ofertados, bem como, restrições de quantidades, divisão de mercados, dentre outras condições.¹⁹⁰

No mesmo sentido, na atual Lei de Defesa da Concorrência portuguesa, Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, no artigo 9.º, n. 1, são reprimidos os tipos de práticas restritivas à concorrência, sendo que, algumas delas, referem-se à cartéis, tais como, repressão aos acordos que fixem, de forma direta ou indireta, os preços ou quaisquer outras condições de transação e, ainda, condutas que limitem, controlem a produção e o desenvolvimento tecnológico, além daquelas que resultem na repartição dos mercados.¹⁹¹

Da mesma forma, na União Europeia, no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em seu artigo 101.º, n.º 1, são reprimidas as condutas anticoncorrenciais, dentre as quais as que se referem à cartéis, tais como, condutas que fixem, de forma direta ou indireta, os preços ou quaisquer outras condições de transação e, ainda, condutas que limitem ou controle a produção e o desenvolvimento técnico dos bens e serviços, além das condutas que importem na divisão dos mercados.¹⁹²

¹⁹⁰ Lei n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011. “**Art. 36.** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...]”

¹⁹¹ Lei n.º 19/2012. “**Artigo 9.º Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas** 1 – São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em : a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou fontes de abastecimento; [...]”

¹⁹² TRATADO Sobre o Funcionamento da União Europeia. “Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de

Ao serem analisadas as três (3) legislações dispostas acima, observa-se que existem convergências entre elas na repressão aos cartéis quando as mencionadas legislações combatem condutas que fixam preços de produtos e serviços artificialmente, que repartam os mercados e as fontes de abastecimento e que estabeleçam cotas ou quaisquer outras restrições na produção ou na comercialização de produtos ou serviços, por serem, especialmente, condutas que caracterizam a formação de cartéis.

A fixação de preços pode ser caracterizada por condutas que concedam políticas de descontos, que concedam taxas adicionais sobre produtos ou serviços que possam alterar seus preços, que admita preços de venda inferiores aos de custo, dentre outras, que possam, direta ou indiretamente, fixar impor uma fixação de preços artificialmente.¹⁹³

Apesar de as condutas que fixem, direta ou indiretamente, preços sejam graves por envolver formação de cartéis, a Comissão Europeia tem se mostrado sempre pouco favorável no estabelecimento da fixação de preços. Ou seja, a Comissão tem, excepcionalmente, autorizado acordos que possam fixar preços.¹⁹⁴

Como se vê, apesar de se tratar de condutas ilícitas que envolvem formação de cartéis, ainda, há a possibilidade de algumas condutas poderem ser analisadas pela União Europeia, não sendo consideradas, portanto, como uma ilicitude *per se*.

A repartição de mercado é uma das maneiras que se manifestam os cartéis, causando restrições ao mercado por provocar a diminuição do número de concorrentes de produtos ou serviços.

Desse modo, pode ser difícil ocorrer situações que envolvam a repartição de mercado e que possam ser consideradas válidas diante do artigo 101º, n.º 3, do Tratado de Funcionamento sobre a União Europeia (TFUE). Portanto, as condutas dessa natureza deveriam ser tratadas como ilicitudes *per se*.¹⁹⁵

As cotas e as restrições na produção e na distribuição de serviços determinados pelos componentes dos cartéis são capazes de influenciar o preço final, citando, *e.g.*, o cartel de

associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o conteúdo entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou fontes de abastecimento; [...]"

¹⁹³ MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia**. p. 151-156

¹⁹⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 156

¹⁹⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 157

petróleo operado pela OPEP que não fixa o preço do produto, mas, apenas, determina a quantidade de petróleo a ser exportada para cada um de seus membros.¹⁹⁶

Dessa forma, observa-se que todas as condutas que envolvam a repartição de mercado ou que estipulem cotas e restrições à produção ou a comercialização, de forma indireta, estaria fixando preços artificialmente, causando, dessa forma, assimetria no mercado.

Por fim, todas as legislações analisadas nesta dissertação possuem dispositivos legais que, diretamente e expressamente, reprimem os cartéis, sejam eles nacionais ou internacionais.

Neste item, foram analisados alguns aspectos importantes que caracterizam a formação dos cartéis, além de terem sido analisadas, também, as legislações brasileira, portuguesa e da União Europeia, especialmente, sob o enfoque dos cartéis. Nos próximos itens, os assuntos aqui abordados serão aprofundados para que melhor possa se entender a problemática dos cartéis.

3.2. Conceito e características dos cartéis

Os cartéis, em geral, não trazem nenhum efeito positivo para o bem-estar nem nenhuma eficiência econômica. Os cartéis clássicos internacionais são diferentes de outros tipos de cartéis de atuação transfronteiriça, especialmente, os cartéis de importação e de exportação.¹⁹⁷ Esta análise será mais bem analisada no próximo tópico.

Enquanto o cartel nacional impõe perda social no âmbito nacional, o cartel internacional impõe uma dimensão adicional que seria a transferência, que ocorre com frequência, do bem-estar dos consumidores de um determinado país para os donos e produtores de outro. Este é um dos problemas que, inevitavelmente, refere-se à transnacionalização dos agentes econômicos.¹⁹⁸

As observações realizadas são bastante importantes, pois, enquanto os cartéis nacionais impõem efeitos negativos no mercado interno, os cartéis internacionais podem transferir o bem-estar dos consumidores de um país para um outro país. Ou seja, os cartéis internacionais podem possuir uma dimensão adicional quando comparados com os cartéis nacionais. Este assunto será melhor entendido ao longo da investigação do próximo tópico.

Devido aos efeitos negativos dos cartéis, eles são reprimidos, atualmente, em quase todo o mundo. No entanto, existem diversas formas como esta repressão é enfrentada pelos diversos Estados, não havendo, por exemplo, consenso qual seria a melhor solução para a repressão

¹⁹⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 158

¹⁹⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. Curitiba: Juruá, 2016. p. 54-55

¹⁹⁸ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 55-56

dessas coligações, havendo jurisdições que as consideram como crime e outras, que as consideram, apenas, com infração administrativa.¹⁹⁹

No Brasil, por exemplo, alguns tipos de cartéis podem ser tipificados como crime. A Lei n.º 8.137/1990²⁰⁰, no artigo 4.º, II, considera crime contra a ordem econômica firmar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas ou produzidas (alínea *a*)); controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas (alínea *b*)); dentre outras condutas. Quem pratique qualquer destas condutas estariam incurso em pena restritiva de liberdade, reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Portanto, o Legislador brasileiro considerou grave tais condutas que atentam contra a ordem econômica. Para estar incurso nas penas da lei, seria irrelevante trata-se de cartel nacional ou internacional.

No mesmo sentido, no Brasil, ainda foi promulgada a Lei n.9.279²⁰¹, de 14 de Maio de 1996, no Capítulo VI – Dos Crimes de Concorrência Desleal, artigo 195, que tipifica algumas condutas anticoncorrenciais como crime, estipulando pena restritiva de liberdade, detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

De acordo com Karla Martins Santos, as discussões dos cartéis, como tipo penal, é um assunto recente na União Europeia.²⁰²

Além das observações feitas, alguns ordenamentos jurídicos nacionais impõem condenação automática para tais condutas, considerando-as como ilícitos *per se*, enquanto outros ordenamentos já exigem que se faça análise do contexto econômico das condutas antes de considera-las ilícitas, aplicando-se, portanto, a *rule of reason*. Entretanto, existem países que adotam ambos os critérios, dependendo da gravidade da conduta.²⁰³

¹⁹⁹ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 43-44

²⁰⁰ LEI n.º 8.137, de 27 de Dezembro de 1990 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm “CAPÍTULO II - Dos crimes a Economia e as Relações de Consumo art. 4.º constitui crime contra a ordem econômica: [...] II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupos de empresas; c) ao controle, em detrimento de concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”

²⁰¹ LEI n.º 9.279, de 14 de Maio de 1996 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm

²⁰² SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 221

²⁰³ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 44

Faz tempo que os tribunais vêm condenando acordos que visem a fixação de preços, seja para cima ou seja para baixo, tendo em vista que isto deve decorrer livremente no mercado. Portanto, a formação artificial do preço é repudiada pelos ordenamentos jurídicos, pois é da concorrência que pode surgir preço atrativo para os bens ou serviços. Por estas razões é que os acordos entre agentes econômicos, que tenham por objeto ou efeito a fixação de preços, são considerados como ilicitude *per se* nos Estados Unidos.²⁰⁴

Apesar das explanações feitas com relação às adversidades que os cartéis podem gerar, eles eram considerados estruturas importantes, na Europa, na primeira metade do século XX, para estabilização dos mercados. Neste sentido, a doutrina indica que, por um certo período de tempo, houve o incentivo por parte dos países à constituição de cartéis, o que difere da mera tolerância para existência de cartéis clássicos. E, ainda, que, na Europa, houve um período em que os cartéis não eram reprimidos. Aliás, na <<Grande Depressão>>, muitos países europeus perceberam da necessidade de maior participação direta do Estado na economia. Esta interferência do Estado na economia, especialmente, diante os mercados internacionais, pode dar origem aos cartéis de exportação. A participação do Estado em estruturas cartelizadas, *e.g.*, foi verificada, na Alemanha, na década de 30, através dos <<cartéis compulsórios.>> Era a direção e o controle, pelo Estado, das atividades da empresa privada. Este tipo de estrutura foi verificado, também, na Itália e no Japão.²⁰⁵

As estruturas cartelizadas, conforme descritas, foram utilizadas na Segunda Grande Guerra, como estratégia, para controle de alocação de bens e mercados, visando questão de abastecimento, dentre outras, que eram necessárias naquele período. O apoio dos Estados aos cartéis diminuiu a partir de 1945.²⁰⁶

Os cartéis, no contexto comercial, são coligações horizontais que são objeto de repressão das autoridades de defesa da concorrência, diante de o facto de que cartéis não trazem nenhum bem-estar aos consumidores nem qualquer vantagem para competitividade. Entretanto, nem sempre é possível ser verificado, num primeiro momento, a existência do cartel. Os agentes econômicos, em coligações, podem obter lucros monopolistas da mesma forma de um único agente monopolista. Os cartéis decorrem de comportamento cooperativo entre empresas, com o objetivo de afetar a concorrência, através de fixação de preços ou de quantidade de produtos ou serviços colocados à disposição dos consumidores. Através deste comportamento

²⁰⁴ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 355-356

²⁰⁵ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência**. p. 70-75

²⁰⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 75

cooperativo, as empresas partícipes poderiam ter maior estabilidade e melhores ganhos do que poderiam alcançar se tivessem comportamentos independentes entre si.²⁰⁷

Como se observa, os cartéis surgem de coligações, apenas, entre empresas concorrentes no mesmo mercado relevante. Ou seja, os cartéis surgem de coligações horizontais com o objetivo de eliminar a concorrência.

Apesar dessa assertiva, de acordo com Karla Santos, observa-se que, mesmo o cartel se caracterizando por coligações anticoncorrenciais horizontais, com agentes concorrentes de um mesmo mercado relevante, isto não impede que os efeitos negativos do cartel se façam sentir entre os demais agentes econômicos nos diferentes níveis da cadeia produtiva, como por exemplo, os compradores, distribuidores, fornecedores, dentre outros.²⁰⁸

No mesmo sentido, de acordo com Marcelo Guimarães, o cartel se constitui por coligações entre concorrentes, atuais ou potenciais. Ou seja, o cartel se forma por acordo horizontal entre empresas concorrentes de um mesmo mercado, com o objetivo de fixar, em conjunto, variáveis concorrenciais, isto é, preço, quantidade, qualidade e mercado. Para os partícipes de cartel, a concorrência elimina e desestabiliza os cartéis, tendo em vista que procuram, sempre, melhorar a qualidade dos produtos e serviços e reduzir seus preços, conseqüentemente, reduzindo os lucros dos agentes econômicos. O cartel visa arrefecer ou eliminar a concorrência, visando a maximização conjunta dos lucros, com semelhança ao monopólio. Desta forma, o cartel, por consequência, reduz o bem-estar social dos consumidores.²⁰⁹

Apesar dos fundamentos apresentados, de acordo com Miguel Gorjão-Henriques, os acordos verticais entre empresas, ou seja, entre empresas não concorrentes, foram objeto de atenção dos Órgãos da União Europeia. Portanto, logo em 1966, o artigo 101.º, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), já alcançava tanto os acordos horizontais como os acordos verticais. E, ainda, diferente do que era suposto, os acordos verticais foram os mais perseguidos. As restrições aos acordos verticais foram adotadas pela Comissão através do Regulamento (UE) n.º 330/2010.²¹⁰

²⁰⁷SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 59-61

²⁰⁸ *Idem* – *Op. Cit.* p. 66

²⁰⁹ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 45

²¹⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União**: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. p. 652-656

Neste diapasão, as empresas, que, de início, deveriam traçar suas próprias estratégias de modo independente para disputar o seu mercado através das regras jurídicas e dos princípios éticos, eliminam a concorrência, através de comportamentos cooperativos, buscando fixar preços ou quantidade de produtos colocados a disposição dos consumidores ou, então, fatiando o mercado entre eles, de sorte a obter do mercado vantagens e ganhos que não seriam obtidos a partir de um comportamento independente. Apesar de todos estes factos, os cartéis podem atuar, apenas, para obstaculizar a entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante. Ou seja, os cartéis são constituídos por empresas que buscam obter lucros e vantagens exacerbados, sem que, em contrapartida, apresentem qualquer eficiência econômica no mercado relevante.

Apesar das afirmações feitas, é informado que nem todos os cartéis procuram eliminar, integralmente, a competição entre os agentes econômicos. Portanto, os cartéis podem visar, por exemplo, a restrição da concorrência em determinada área geográfica ou eliminar a competição, apenas, no controle de preços, mantendo-se a qualidade dos produtos e serviços. Isto ocorre, por exemplo, nos cartéis de exportação que procuram conquistar o mercado internacional através de produtos e serviços de qualidade. Os partícipes de um cartel continuam mantendo a autonomia financeira e societária, mas, para cumprir as coligações realizadas, os mencionados partícipes estabelecem uma interdependência dos comportamentos. Na hipótese do descumprimento do avençado ou, então, da deserção do partícipe, este sofrerá sanções.²¹¹

Como se observa, as condutas determinadas pelas coligações entre empresas podem impor diferentes níveis de restrições a concorrência no mercado relevante, dependendo dos interesses, exclusivos, das empresas envolvidas. Isto se tornará evidente quando de a análise dos cartéis internacionais de importação e de exportação que será desenvolvida no próximo tópico.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, Autoridade de Concorrência brasileira, em sua <<Cartilha do CADE>>, define cartel como sendo:

“Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitações públicas, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível.”²¹²

²¹¹ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 64-66

²¹² GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 46

De acordo com Marcelo Guimarães, é apresentada, também, a definição que é dada ao cartel pela Comissão Europeia, Autoridade de Concorrência da União Europeia, que preconiza que:

“Um cartel é um grupo de empresas independentes e similares, que se unem para fixar preços, limitar a produção ou repartir mercados ou clientes entre elas. Ao invés de competirem entre si, os membros do cartel confiam na estratégia de ação concertada com os demais, o que reduz seus incentivos para fornecer novos ou melhores produtos e serviços a preços competitivos. Como consequência, seus clientes (consumidores ou outras empresas) acabam pagando mais por menos qualidade.”²¹³

Analisando as definições dadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – e pela Comissão Europeia, observa-se que elas, apesar de possuírem redações diversas, possuem o mesmo conteúdo para definição de cartel. Aliás, o conteúdo das definições apresentadas está em sintonia com o conteúdo que a presente investigação vem analisando ao logo deste trabalho até o momento.

Devido a definição de cartel, Marcelo Guimarães faz uma importante observação ao considerar que o mero paralelismo consciente entre empresas não se confunde com conduta colusiva entre elas. O paralelismo consciente não basta para configuração do cartel, mas pode indicar a existência de um conluio anticoncorrencial que, portanto, deve ser analisado diante do caso concreto.²¹⁴

No mesmo sentido, de acordo com Paula Forgioni, pode existir agente econômico que possa impor sua política de preço no mercado por possuir poder econômico suficiente para isto e que a Autora denomina de <<*price leadership*>>. Diante desta hipótese, sequer houve acordo entre as empresas concorrentes, sendo certo que os demais concorrentes se sujeitaram as condições impostas pelo agente econômico com poder suficiente no mercado, impondo àqueles concorrentes, apenas, a adotarem o comportamento imposto por este agente. Neste caso, para Autora, os concorrentes seguiriam a política de preço do agente econômico que detivesse a posição dominante no mercado. Portanto, no caso em tela, não há que se falar em cartel.²¹⁵

Diante dos chamados casos de *price leadership*, os agentes econômicos, que possuíssem a posição dominante do mercado, poderiam se utilizar de mecanismos que impusessem aos demais concorrentes seguirem sua política de preços. Aliás, com relação a este assunto, a

²¹³ *Idem – Ibidem*. No original: “A cartel is a group of similar, independent companies which join together to fix prices, to limit production or to share markets or customers between them. Instead of competing with each other, cartel members rely on each others’ agreed course of action, which reduces their incentives to provide new or better products and services at competitive prices. As a consequence, their clients (consumers or other businesses) end up paying more for less quality.”

²¹⁴ *Idem – Op. Cit.* p. 48-49

²¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 357-361

Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Federal Trade Commission v. The Cement Institute*, considerou existir a possibilidade das empresas, com reduzido poder econômico, serem obrigadas a respeitar a liderança daqueles que possuem posição dominante do mercado, através de instrumentos coercitivos. Portanto, os demais concorrentes, acreditando poderem ser punidos, teriam comportamentos que seguissem as orientações daqueles que, realmente, possuíssem posição dominante no mercado.²¹⁶

Mesmo diante do *price leadership*, ou mesmo diante de comportamento uniforme, considera-se que não implicaria, de início, necessariamente, conluio entre empresas nem abuso de posição dominante. Portanto, considera que pode ser um processo normal de competição e que isto, de acordo com a doutrina, geralmente, ocorre diante de mercados com reduzido número de concorrentes. Com relação ao assunto, no julgamento do caso *Materie Coloranti*, de 14 de Julho de 1972, a Corte de Justiça Europeia deixou de condenar os agentes econômicos envolvidos por considerar, em síntese, ser impossível a condenação diante o mero paralelismo de preços, pois seria livre ao concorrente modificar seus próprios preços em razão dos comportamentos de seus concorrentes.²¹⁷

Os fundamentos deduzidos justificam, mais uma vez, conforme já analisado, que, para ensejar a condenação dos agentes econômicos por práticas colusivas, não basta, apenas, o paralelismo de suas condutas, exigindo-se, portanto, provas mais contundentes da existência de colusão ilícitas.

Diante dos fundamentos apresentados, observa-se que, por vezes, os cartéis podem, também, em um primeiro momento, confundir-se com o abuso da posição dominante praticado pelos agentes econômicos que possuem poderes para tal, sendo certo, ainda, que, apenas, seriam reprimidas as condutas que caracterizassem o abuso, pois o simples exercício da posição dominante, resultante do justo merecimento daquele agente, conforme já analisada, não seria conduta anticoncorrencial.

O cartel, como definido, que apresenta, somente, desvantagens econômicas, se refere, no âmbito internacional, ao cartel clássico <<*hard core cartels*>>, pois existem outros tipos de cartéis e, ainda, outras estruturas que podem se assemelhar a cartéis, mas que não as são, como, por exemplo, as *joint ventures*, que recebem um tratamento diferenciado do legislador em situações de coordenação entre os agentes econômicos. Entretanto, este tipo de estrutura, bem como, outras estruturas similares, não serão objeto de pesquisa desta dissertação.

²¹⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 361-362

²¹⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 362-364

Para que haja o surgimento do cartel, em regra, devem existir algumas características que, de acordo com Karla Santos, são: a. possuir número reduzido de empresas, com alta concentração de mercado para que se possa monitorar o comportamento de seus integrantes; b. os partícipes, sendo do mesmo porte, a relação entre eles torna-se mais equilibrada as manifestações de poder dos agentes econômicos; c. possuir nível de eficiência semelhante, facilita a atuação; e d. oferta de produtos homogêneos, evitando-se, com isto, investimentos em pesquisas que poderiam levar à deserção do comportamento concertado.²¹⁸

Além das características mencionadas, devem existir, também, determinadas condições estruturais do mercado típicas de oligopólios que podem facilitar o surgimento de cartéis. Destas condições, podem-se citar as seguintes: a. baixa elasticidade da demanda que significa que a variação dos preços praticados pelos cartéis possuem pouca ou nenhuma influencia na demanda por parte dos consumidores; b. existência de barreiras que dificultem o ingresso de novos concorrentes no mercado; c. existência de punições para os partícipes dos cartéis na hipótese do descumprimento das coligações anticoncorrenciais; e d. as estruturas de produção de bens e de realização de serviços devem ser semelhantes entre os partícipes para que possibilitem a simetria dos custos dos produtos e dos serviços quando colocados no mercado.²¹⁹

No mesmo sentido, para Paula Forgioni, se faz necessária a existência de alguns elementos no mercado para que caracterizem a predisposição do surgimento efetivo dos cartéis. Desta forma, são discriminados alguns dos elementos: i. número de agentes econômicos – quanto maior o número de agentes, no mercado, menores serão as chances do cartelização efetivo; ii. homogeneidade do produto – quanto mais uniformizados os bens ou serviços, mais chances na perpetuação dos cartéis; iii. baixa elasticidade – se verifica quando, mesmo diante da elevação dos preços, a quantidade de bens ou serviços mantém-se relativamente estável. Diante disto, impor preços elevados, apenas, significa maiores lucros com os cartéis; iv. existência de barreiras para entrada de novos agentes econômicos no mercado – isto significa que, quanto menos barreiras para entrada de novos agentes, diminui a chance do incentivo à cartelização; dentre outros.²²⁰

Portanto, como se observa, a formação de cartéis não se dá, apenas, por vontade das empresas através de coligações anticoncorrenciais. O cartel só irá prosperar se tiverem presentes outros fatores que lhe darão as condições necessárias para o seu desenvolvimento.

²¹⁸ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 61-62

²¹⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 62

²²⁰ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 358-359

Portanto, existindo cartéis, deverão existir, antes, as características dos cartéis e, ainda, as características estruturais do mercado, conforme já analisadas.

Existem algumas estruturas criadas pelos agentes econômicos do mercado que podem se assemelhar bastante a cartéis muito embora sejam criadas com o objetivo de propiciar estratégias empresariais positivas, baseadas em comportamentos legais, cujos efeitos são benéficos para o mercado, escapando, desta forma, de serem caracterizadas como cartéis.

Com efeito, existem algumas ações empresariais, no âmbito internacional, que poderiam ser enquadradas como cartéis. Neste sentido, cita-se a hipótese das *joint ventures* que podem estar presentes no mercado, mas possuem objetivos e efeitos diversos dos cartéis, no mercado. Dessa forma, a *joint ventures* possibilitam estratégias positivas de redução de riscos, de distribuição e desenvolvimento de novos produtos, dentre outras vantagens para o mercado. Enquanto os cartéis clássicos internacionais não estão associados a qualquer compensação positiva para coletividade e para o incremento de seu bem-estar.²²¹

Portanto, o que diferencia a ilicitude dos cartéis das outras estruturas lícitas adotadas por coligações entre empresas seriam os objetivos e os efeitos que causariam no mercado. Enquanto a primeira espécie não traria qualquer vantagem para o mercado nem qualquer incremento de bem-estar para os consumidores, sendo certo que todas as vantagens seriam direcionadas para as empresas partícipes, a segunda espécie estaria buscando maior eficiência para o mercado, através de compensações positivas à coletividade e, ainda, ao incremento de bem-estar para os consumidores.

3.3. Características principais dos cartéis internacionais

Para análise dos cartéis internacionais, além dos conceitos analisados no tópico anterior, necessário seria, também, proceder a análise de outras questões importantes que identificam aquele tipo de cartel.

Os cartéis internacionais que eram considerados ilegais em várias jurisdições, por décadas, as autoridades da concorrência em todo mundo começaram a reprimir os cartéis internacionais, com mais intensidade, a partir dos anos de 1990. Tal fenômeno se observou não apenas nos Estados Unidos e na União Europeia, mas igualmente em outros países, incluindo-se os da América Latina.²²²

²²¹ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais:** a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 68-69

²²² GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais:** desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 66-67

Para efeitos de definição de cartel internacional, pode ser adotada a seguinte definição, apesar de considerar que não seja a mais adequada, que seria aquele cujos integrantes têm sede ou domicílio em países distintos ou de diversas nacionalidades. Com relação a esta assertiva, as seguintes observações de que estariam excluídos do referido conceito, por exemplo, os cartéis formados por empresas de apenas um país, mas que atuassem em vários outros países. Entretanto, estariam incluídas as coligações realizadas por agentes econômicos de vários países, mas que visassem limitar a concorrência de um único país. Portanto, são considerados cartéis internacionais aqueles que seus partícipes funcionam em mais de um país, mesmo restringindo a concorrência de um único Estado.²²³

Apesar da definição de cartel internacional supra informado, conforme Marcelo Guimarães, pode-se ser apresentada uma definição mais pragmática daquele tipo de cartel para fins de aplicação da lei de defesa da concorrência a partir de seus efeitos econômicos. Sob esta ótica, seria considerado cartel internacional aquele cartel estrangeiro que produzisse efeitos econômicos na jurisdição da autoridade que analisa a conduta. Entretanto, haveria cartel nacional mesmo que fosse formado por empresas transnacionais, mas que seus efeitos econômicos atingissem, apenas, um só território. Essa definição é a mais utilizada pela Autoridade da Concorrência pelo facto da aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Com efeito, a teoria dos efeitos é a técnica atual mais utilizada na maioria dos direitos nacionais.²²⁴

Pela análise das duas definições acima formuladas, observa-se que elas são substancialmente diferentes. Entretanto, a citada diferença se verifica pelo facto de ambas definições terem sido formuladas por diferentes ângulos de abordagem. Ao nosso ver, a segunda definição de cartel internacional, que se verifica pelos seus efeitos, parece ser a mais adequada para proteção dos mercados contra os cartéis e, ainda, pelo facto da maioria das legislações de defesa de concorrência nacionais se basearem na teoria dos efeitos.

Complementando as definições descritas acima, em síntese, que cartéis, que são acordos entre agentes econômicos concorrentes, atuais ou potenciais, visam mitigar ou eliminar a competição entre aqueles agentes, violando a lei de defesa da concorrência. Ou seja, através de condutas, que pelo objeto ou pelos efeitos, sejam consideradas ilícitas por serem condutas prejudiciais ao mercado.²²⁵

²²³ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 55-56

²²⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 56

²²⁵ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** p. 353

O cartel internacional ocorrerá quando a coligação entre empresas ultrapassar as fronteiras nacionais, de sorte a prejudicar a concorrência de mais de um Estado, o que independe da origem das empresas e do local em que operam, mas os efeitos devem ser verificados em mais de uma jurisdição quando, então, o cartel será considerado internacional. Os termos cartéis internacionais, transnacionais e transfronteiriços são intercambiáveis.²²⁶

Conforme já informado, existem vários tipos de cartéis. Além dos cartéis, exclusivamente, nacionais, existem os cartéis internacionais que são os cartéis internacionais clássicos - <<*hard-core cartels*>> -, os de exportação e os de importação.

Os cartéis de exportação podem, de acordo com Karla Santos, se subdividirem em cartéis privados de exportação e os cartéis de exportação ligados ao Estado. Os cartéis privados de exportação não são ligados ao Estado, sendo formados por agentes econômicos de um mesmo Estado, com objetivo de fixar preços ou dividir o mercado de exportação, sendo que suas atividades voltadas para o mercado interno. Nesse sentido, observa-se que nem todos os tipos de cartéis sofrem repressão por parte dos Estados, apesar das condutas anticoncorrenciais estarem presentes no mercado. Dessa forma nem todos os países reprimem todos os tipos de cartéis, muito embora, os efeitos gerados sejam decorrentes de comportamentos coordenados e, portanto, distintos daqueles que cada um dos agentes econômicos partícipes deveria adotar.²²⁷

No mesmo sentido, conforme Marcelo Guimarães, os cartéis de exportação podem ser privados ou, então, ligados ao Estado. No primeiro tipo de cartéis, as coligações entre empresas visam a fixação de preços ou a divisão do mercado de exportação o que poderiam não produzir efeitos no mercado nacional. Para o outro tipo de cartéis existe interesse do Estado por motivações políticas e econômicas que se distinguem dos primeiros cujo objetivo seria, basicamente, a maximização de lucros. Como exemplo deste tipo de cartéis, cita-se a Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP.²²⁸

No mesmo sentido, também, conforme Paula Forgioni, é comum que os exportadores, incentivados por governos de alguns países, se unam com o objetivo de enfrentar a concorrência internacional. Nos Estados Unidos, a Lei *Sherman Act*, em seu artigo 1.º, já previa sua incidência, também, sobre os cartéis de exportação. Entretanto, com o objetivo de isentar os cartéis de exportação, o Congresso norte-americano, em 1982, editou o *Export Trading*

²²⁶ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais:** desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 56-57

²²⁷ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais:** a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 69

²²⁸ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais:** desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 57-58

Company Act que fez com que a Lei de Defesa da Concorrência norte-americana protegesse, apenas e tão-somente, os exportadores e os consumidores dos Estados Unidos.²²⁹

Existem alguns cartéis de exportação que são utilizados pelos Estados para expandir as atividades econômicas em novos mercados. A utilização de tais cartéis pelos Estados não seria o incentivo de suas empresas em comportamentos anticompetitivos e sim, em expandir as atividades econômicas em novos mercados, visando o fortalecimento de suas empresas, bem como, a melhoria do bem-estar de seus consumidores. A própria globalização impõe a necessidade das empresas nacionais de procurar mercados transfronteiriços que podem ocorrer sem a interferência ou, ainda, com a interferência do Estado, ainda que seja de forma indireta.²³⁰

Diante do exposto, especialmente, para enfrentar a globalização, as pequenas e médias empresas podem se associar para que possam facilitar seus ingressos no mercado internacional, podendo, por vezes, receber autorização do Estado, sem que isto possa ser considerada uma infração anticoncorrencial. Isto pode ser realizado, por exemplo, através de *joint ventures*. Estes comportamentos denominam-se cartéis de exportação.²³¹

Os cartéis de exportação não estão, expressamente, previstos nos Tratados da União Europeia analisados, nem previstos, expressamente, nas Leis de Defesa de Concorrência do Brasil e de Portugal.

Apesar da afirmação feita e, ainda, não estarem previstos, expressamente, os cartéis de exportação na Lei de Defesa da Concorrência do Brasil, o exercício desta fiscalização poderá ser feito através do controle prévio estabelecido naquela Lei, nas hipóteses, *e.g.*, das *joint ventures*.²³²

Com efeito, faz-se menção ao controle de concentrações que está normatizado, no Título VII, artigos 88 ao 91, da Lei n.º 12.529/2011, que exige controle prévio. Entretanto, este assunto não será aprofundado por não pertencer ao escopo deste trabalho.

Os cartéis de importação são coligações realizadas por agentes econômicos nacionais com o objetivo de limitar ou impedir a concorrência de empresas estrangeiras no mercado nacional através de manipulações de preços ou outras condições comerciais. Com isto, o cartel de

²²⁹ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 367-369

²³⁰ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência**. p. 70-71

²³¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 72

²³² *Idem* – **Op. Cit.** p. 84

importação visa limitar ou impedir o acesso de novos concorrentes internacionais no mercado nacional.²³³

Ao ser analisada a atuação do cartel de importação, observa-se que esta espécie de cartel, em princípio, não se adequariam a definição de cartel internacional, conforme supra definido.

Entretanto, Marcelo Guimarães enfrenta esta questão, sustentando que, apesar de alguns autores não considerar como cartel internacional, trata-se, em realidade, de cartel internacional. Com efeito, os efeitos negativos provocados pelo cartel de importação não são sentidos, apenas, no mercado do país importador. Os efeitos negativos podem ser sentidos, também, no país exportador. Portanto, o cartel de importação preencheria a definição que foi exposta anteriormente para ser considerado como um cartel internacional.²³⁴

No mesmo sentido, de acordo com Karla Santos, os cartéis de importação são espécies de cartéis internacionais, apesar de afirmar que tais cartéis possam ser considerados como prática interna, eles podem ocasionar distorções no mercado internacional, pelo facto das coligações horizontais entre agentes econômicos nacionais poderem limitar ou impedir a atuação de empresas estrangeiras concorrentes. Por obvio, quando os efeitos das coligações entre empresas podem limitar ou impedir o acesso de novos concorrentes em um determinado mercado, mesmo que seja em um único mercado, já estaria configurada a prática anticoncorrencial que deveria ser do interesse do Estado importador e, também, do Estado exportador.²³⁵

Diante da ocorrência desta hipótese, nos cartéis de importação, os efeitos da conduta anticoncorrencial seriam observados no país importador, aplicando-se a legislação antitruste nacional. Por ter ocasionado, também, distorções no mercado do país exportador, este deveria aplicar a sua legislação antitruste de forma extraterritorial em face das empresas situadas no país exportador. A aplicação da legislação do país exportador, diante desta hipótese, poderia gerar conflitos de diferentes leis nacionais e, ainda, de diferentes jurisdições.²³⁶ Aliás, este assunto será abordado, com mais profundidade, no próximo tópico.

A legislação japonesa, por exemplo, admite a utilização de cartéis de exportação, mas que, para alguns autores norte-americanos, trata-se de uma legislação que admite a adoção de cartéis de importação. É citado um interessante caso que envolvia compra e venda de aparas de madeiras em que ocorreu a demanda judicial *Daishowa International v. North Coast Export*

²³³ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 57

²³⁴ *Idem* – **Ibidem**

²³⁵ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 85-86

²³⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 86

Company, em 1982, em que um tribunal local norte-americano considerou, em síntese, que, apesar da empresa vendedora estar posicionada como um cartel de exportação, esta mesma empresa estaria sofrendo retaliações pela entidade compradora, através de boicotes de compra.²³⁷

Portanto, pela decisão do julgado do tribunal local norte-americano, levou-se em consideração que a empresa americana participante de cartel de exportação – *North Coast* – sofreu, também, retaliações, com boicotes de compra, com o estabelecimento de preços mínimos, no Estado em que deveriam ser produzidos os efeitos do cartel de exportação, ou seja, no Estado importador, Japão.

Dessa forma, observa-se que o caso judicial, sob análise, demonstra que se pode conviver, em um mesmo contexto, tanto o cartel de importação quanto o de exportação.

Finalmente, quanto aos cartéis internacionais clássicos ou <<*hard core*>>, conforme Marcelo Guimarães, são cartéis privados, os mais numerosos, os maiores, os que causam maior dano e, ainda, os mais difíceis de serem combatidos. A literatura especializada sugere que, apenas 10% a 30% deste tipo de cartéis, são descobertos e punidos. São cartéis internacionais que visam controlar o preço, restringir a produção, limitar a oferta ou, então, dividir o mercado em nível internacional. Portanto, este tipo de cartéis pode causar danos para produção de vários países, com consideráveis implicações desfavoráveis para os consumidores. Como exemplo, a fixação de preços e a fraude à licitação internacional.²³⁸

Os cartéis clássicos são considerados como as coligações entre os agentes econômicos sediados em diferentes países e que são as condutas anticoncorrenciais mais repudiadas quanto a defesa da concorrência. Tais condutas visam fixar ou uniformizar preços, restringir produção e oferta, dividir mercados, impedir o desenvolvimento de produtos. Estes efeitos danosos dos cartéis podem, inclusive, atingir o mercado internacional. Existem países que reprimem os cartéis como crime.²³⁹

Apesar de todo fundamento apresentado a respeito dos cartéis internacionais, importante analisar a estabilização dos cartéis no mercado. Com efeito, a estabilidade dos cartéis deve-se a vários fatores, tais como, diferenças culturais, flutuações nas taxas de câmbio e preferências comerciais, dentre outros, que podem existir entre os países o que, por consequência, podem

²³⁷ *Idem – Ibidem*

²³⁸ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 58-59

²³⁹ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 94-95

provocar conflitos entre os agentes econômicos que participam das coligações dos cartéis. Portanto, tais fatores podem afetar a estabilidade desses cartéis.²⁴⁰

Com efeito, os estudos indicam que os cartéis internacionais podem ter duração de anos e muito poucos conseguem atingir décadas. Os cartéis possuem duração média de sete anos. O fim dos cartéis internacionais é decorrente de sua instabilidade, conforme analisado, e, ainda, devido ao resultado da intensificação do combate travado contra este tipo de cartéis pelas autoridades de concorrência, especialmente, a partir dos anos 1990.²⁴¹

Apesar de os Estados protegerem seus cidadãos e suas empresas nos limites de seus ordenamentos jurídicos nacionais, existirão situações, diante da defesa de concorrência, especialmente, diante dos cartéis internacionais, que poderão gerar problemas de conflitos de jurisdições entre os países atingidos ou geradores das condutas anticoncorrenciais.

Portanto, diante da problemática apresentada, no próximo tópico, serão analisadas as questões relevantes que envolvem a aplicação das leis de defesa da concorrência nacionais na repressão das coligações internacionais, especialmente, dos cartéis internacionais, utilizando-se da extraterritorialidade da legislação.

A repressão aos cartéis vem ocorrendo, especialmente, nos países democráticos com certo rigor. Na União Europeia, por exemplo, existem inúmeros casos investigados e decididos pela Comissão Europeia em desfavor dos cartéis por terem infringido o artigo 101.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), havendo registro da persecução de vários tipos de cartéis desde 2001.²⁴²

Com relação a repressão supramencionada aos cartéis pela Comissão Europeia, no Processo AT. 39881, que envolvia <<sistemas de segurança para ocupantes fornecidos a fabricantes de automóveis japoneses>>, cuja Decisão da Comissão ocorreu em 22 de novembro de 2017, foi reconhecida a infração ao artigo 101.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Nesse caso, houve coordenação de condutas, como infração I, entre a *Tokai Rika*, a *Autoliv*, a *Marutaka*; coordenação de condutas, como infração II, entre a *Takata*, a *Toyota Gosei* e a *Autoliv*; coordenação de condutas, como infração III, entre a *Takata* e *Tokai*

²⁴⁰ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 60

²⁴¹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 60-61

²⁴² COMPETITION European Commission [Em linha]. [Consult. 9 Jun. 2020]. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>.

Rika; coordenação de condutas, como infração IV, entre a *Takata* e a *Autoliv*. Todas as infrações apuradas visavam, em resumo, no controle de preços e no fatiamento do mercado.²⁴³

Como se observa no caso decidido acima, o deslinde de cartéis, especialmente, dos internacionais costuma ser bastante complexo, dependendo, na maioria das vezes, da observação da legislação interna dos demais Estados atingidos, bem como, do entendimento que é dado pelas Autoridades da Concorrência daqueles mesmos Estados diante do caso concreto. Devido a tal problemática, necessário será analisar alguns instrumentos jurídicos aceitos mundialmente que permitam a repressão efetiva dos cartéis internacionais. A mencionada análise será feita no próprio tópico.

3.4. Defesa da concorrência diante dos cartéis internacionais

A repressão, especialmente, dos cartéis internacionais é um assunto que, em regra, é do interesse dos Estados que são atingidos pelas mesmas coligações anticoncorrenciais. Entretanto, a dificuldade começa a surgir no momento em que as autoridades de concorrência dos Estados podem possuir interpretações diversas sobre os mesmos factos por serem as próprias legislações de defesa de concorrência nacionais diferentes entre si.

Devido a isto, conforme Marcelo Guimarães, inúmeros problemas de ordem prática podem surgir quando da repressão aos cartéis pelos países atingidos por tais condutas, tendo em vista que estas mesmas condutas poderão receber tratamentos distintos em cada um dos países envolvidos.²⁴⁴

Na repressão aos cartéis, não basta acessar as legislações internacionais, mas, sim, examinar o impacto daquela legislação no próprio sistema jurídico nacional. Por exemplo, devido de os cartéis internacionais serem considerados danosos ao mercado para muitos países, pode-se dar tratamento de crime ou de infração administrativa.²⁴⁵

Mesmo diante dessa assertiva, muitos cartéis internacionais, apesar de produzir efeitos nocivos em vários países, simultaneamente, são reprimidos e decididos pelas diversas autoridades de concorrência, unilateralmente, baseadas no direito nacional e, ainda, pelas práticas sedimentadas em suas tradições jurídicas. Apesar disto, podem existir alguns pontos de

²⁴³ RESUMO da Decisão da Comissão. **Jornal Oficial da União Europeia**. (17.4.2018), p. C 135/5 – C 135/9

²⁴⁴ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 54

²⁴⁵ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 100

contato comuns entre as legislações nacionais que poderiam, em um primeiro momento, convergir para um tratamento plural ou multilateral dos cartéis internacionais.²⁴⁶

Apesar de considerar válidas as citadas afirmativas, tem-se que se considerar, também, de que forma a repressão se dará, em cada Estado atingido pelo cartel que poderá ser diferente entre estes Estados e, ainda, deve-se levar em consideração que este cartel internacional poderia impor efeitos diversos em cada um dos Estados, fazendo com que suas respectivas autoridades de concorrência encarassem esta questão de diferentes formas.

Além da problemática mencionada, em face do desenvolvimento tecnológico, os agentes econômicos envolvidos em cartéis têm deixado, cada vez mais, menos rastros na identificação de documentos hábeis para comprovar as coligações. Portanto, o uso de documentos em meio físico papel perde espaço para trocas de informações por via eletrônica, tais como, e-mail anônimos, técnicas de criptografia, videoconferências, redes sociais, dentre outros meios, além de poder armazenar tudo em nuvens virtuais, de sorte a tentar esconder a verdadeira identidade dos envolvidos, bem como, esconder as atividades ilícitas das empresas. Além disto, os eventuais indícios probatórios da existência de cartéis são poucos e difíceis de serem encontrados por estarem espalhados em vários países o que dificulta a investigação pelas autoridades de concorrência. Diante dessa dificuldade em se obter provas da existência de cartéis, o programa de leniência possibilita a produção de provas e, por fim, permite a condenação cartéis internacionais.²⁴⁷

Pela assertiva mencionada, observa-se que a luta contra os cartéis, especialmente, os internacionais, é difícil e complexa, nos atuais dias, pelo facto de não se poder identificar, com facilidade, provas cabais das coligações entre empresa. Apesar disto, indubitavelmente, as autoridades de concorrência, por sua vez, também, contam, cada vez mais, com a ajuda da tecnologia, além dos Tratados e Convenções internacionais de cooperação, de sorte a poder identificar e reprimir os cartéis internacionais. Além disto, o programa de leniência, consiste em excelente instrumento na obtenção de provas da existência de cartéis, permitindo a repressão, especialmente, dos cartéis internacionais.

Nesse sentido, a intensificação da repressão aos cartéis internacionais pelas autoridades da concorrência importou no uso de recursos e de ferramentas a disposição dessas autoridades, dentre os quais, o programa de leniência que sofreu revisão e expansão nos Estados Unidos, em

²⁴⁶ *Idem – Op. Cit.* p. 102-106

²⁴⁷ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 62-66

1993, inspirando outras jurisdições em adotarem mecanismos semelhantes, *e.g.*, a Comissão Europeia, o Reino Unido, Portugal, a Argentina e o Brasil, dentre outros.²⁴⁸

Com efeito, a Lei n.º 12.529/2011, a atual Lei de Defesa da Concorrência brasileira, reserva, no Capítulo VII, artigos 86 e 87, a regulamentação do Programa de Leniência. Da mesma forma, observa-se que, na Lei n.º 19/2012, a atual Lei de Defesa da Concorrência portuguesa, no Capítulo VIII, o instituto da leniência encontra-se normatizado nos artigos 75.º ao 82.º.

Na repressão aos cartéis internacionais, utiliza-se, também, a aplicação do princípio da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional. Os Estados Unidos foram os pioneiros na utilização do princípio da extraterritorialidade e, ainda, que a territorialidade do direito antitruste foi sendo mitigada ao longo da primeira metade do século XX. O princípio da extraterritorialidade, finalmente, se consagrou, em 1945, diante do caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*. O citado Autor informa, ainda, nesse julgado, foi aplicado a *Sherman Act* para condenar um cartel fora do território estadunidense e, ainda, formado por agentes econômicos estrangeiros, sem qualquer participação de empresas norte americanas, mas que acabaram por produzir os seus efeitos negativos em território norte americano. Portanto, aplicou-se, nesse julgamento, a teoria dos efeitos.²⁴⁹

Aqui cabe uma observação que o princípio da territorialidade é a regra que decorre do próprio princípio de direito internacional que prevê que os Estados são independentes e autônomos entre si, devendo exercer sua jurisdição dentro dos seus respectivos territórios. Portanto, a repressão às condutas anticoncorrenciais, dentro do território de cada Estado, competirá ao respectivo Estado, devido soberania que o Estado exerce sobre seu próprio território. Ocorre que, com a globalização dos mercados e, ainda, a sofisticação das condutas anticoncorrenciais internacionais impõem a necessidade da aplicação do princípio da extraterritorialidade às leis de defesa da concorrência nacionais para que se possa obter maior efetividade ao combate àquelas condutas.

A aplicação da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional, fundamentada na teoria dos efeitos, foi consolidada na maioria dos ordenamentos jurídicos ao longo da segunda metade do Século XX.²⁵⁰

Pela teoria dos efeitos, o Estado teria jurisdição para reprimir os atos anticoncorrenciais mesmo praticados no exterior na hipótese de tais atos produzirem seus efeitos negativos naquele

²⁴⁸ *Idem – Op. Cit.* p. 67

²⁴⁹ *Idem – Op. Cit.* p. 75

²⁵⁰ *Idem – Op. Cit.* p. 83

Estado. Diante da teoria dos efeitos, o Estado, que foi atingido pelos efeitos negativos de um cartel internacional, poderia reprimir este cartel, aplicando-se a extraterritorialidade do direito da concorrência nacional. Ou seja, o Estado atingido teria jurisdição sobre as condutas que fossem praticadas no exterior cujos efeitos pudessem ser verificados no mercado desse Estado, independentemente do local de origem das condutas ou da nacionalidade das empresas envolvidas no cartel.

A teoria dos efeitos, conforme já analisada, foi adotada na União Europeia, em Portugal e no Brasil, dentre vários outros países.

Com efeito, o artigo 101.º, *caput*, do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE),²⁵¹ a Lei n.º 19/2012, Lei da Concorrência portuguesa, no artigo 9.º, n.º 1,²⁵² e a Lei 12.529/2011, Lei da Concorrência brasileira, no artigo 2.º,²⁵³ preveem, expressamente, a teoria dos efeitos.

Dessa forma, por exemplo, pela Lei de Defesa da Concorrência brasileira, no artigo 2.º, é preconizada a teoria da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional quando as práticas anticoncorrenciais forem no todo ou parte cometidas em território nacional ou, então, se tais práticas produzirem ou puderem produzir seus efeitos em território brasileiro, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil. Portanto, haverá, apenas, a extraterritorialidade do direito da concorrência brasileira se a conduta anticoncorrencial produzir ou puder produzir seus efeitos no mercado brasileiro.

No mesmo sentido, o artigo 36, da Lei n.º 12.529/2011, esclarece melhor o alcance da lei quando prevê que a infração poderia ser caracterizada por condutas anticoncorrenciais que tenham por objeto ou possam produzir os seus efeitos, ainda, que eles não sejam alcançados. E, ainda, para caracterização da infração, seria irrelevante o elemento culpa. Portanto, tem que haver a intenção ou uma razoável previsibilidade do agente econômico quanto aos efeitos de sua conduta.

²⁵¹ TRATADO Sobre o Funcionamento da União Europeia. “Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: [...]”

²⁵² LEI n.º 19/2012. “Artigo 9.º **Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas** 1 – São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte no mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: [...]”

²⁵³ LEI n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011. “CAPÍTULO II - DA TERRITORIEDADE – Art. 2.º – Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. [...]”

Produzindo os seus efeitos, apenas, no mercado externo, a extraterritorialidade da Lei da Concorrência brasileira não ocorreria, desde que, reflexamente, a conduta anticoncorrencial não repercuta no mercado brasileiro.

O primeiro julgamento de um cartel internacional, no Brasil, ocorreu em 2007, no caso do <<cartel de vitaminas>>. Neste caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – condenou as empresas dos grupos La Roche, Aventis e BASF ao pagamento de multas que alcançaram a cifras que ultrapassaram o valor de 17 milhões de reais por prática de cartel internacional. Neste caso, as colusões das empresas visavam, especialmente, a fixação de preços pelas suas matrizes estabelecidas no exterior. Não havia indícios de que as subsidiárias brasileiras estariam exercendo decisões autônomas com relação a prática de preços.²⁵⁴

Neste julgamento, o citado Autor informou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – deixou evidente que a Lei de Defesa da Concorrência brasileira tem sua extraterritorialidade para que as condutas anticoncorrenciais, mesmo não tendo sido praticadas em território nacional e nem tendo produzido os seus efeitos neste território, possam, potencialmente, produzir seus efeitos no Brasil.²⁵⁵

Apesar das vantagens apresentadas pela teoria da extraterritorialidade do direito da concorrencial nacional para repressão das condutas transfronteiriças, como seria a hipótese dos cartéis internacionais, a citada teoria traz inúmeras limitações, conforme Marcelo Guimarães, por questões da soberania e da proibição da interferência de um Estado nas questões internas dos demais Estados, além de poder haver incompatibilidade do direito da concorrência nacional na ordem jurídica de outros Estados.

A teoria da extraterritorialidade, apesar de no campo das ideias ser um excelente instrumento de repressão às condutas anticoncorrenciais, especialmente, aos cartéis, traz muitas dificuldades no campo prático, especialmente, no que se refere a execução das decisões decorrentes.

Com efeito, a exportação da soberania de um Estado aos outros pode trazer muita limitação quanto ao cumprimento de decisões proferidas deste Estado e executadas, sob a égide das correspondentes leis, em outros Estados. Poder-se-ia estar, em princípio, ferindo a soberania daqueles Estados que suportariam aquelas decisões, além de poder gerar, também, problemas decorrentes da compatibilidade das decisões de um Estado com os ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais aquelas decisões seriam executadas.

²⁵⁴ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 102-103

²⁵⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 103

Com efeito, de acordo com Paula Forgioni, é citado, por exemplo, que a agressiva extraterritorialidade das leis de defesa da concorrência estadunidense causou conflitos e desgastes em suas relações comerciais internacionais. Deve haver limites à extraterritorialidade, muito embora, muitos países possam aplicar sanções às empresas ou pessoas físicas estabelecidas ou domiciliadas no exterior. De qualquer forma, os efeitos extraterritoriais das leis de defesa da concorrência nacionais devem sofrer restrições em face da soberania de outros países.²⁵⁶

Em face da expansão do estabelecimento da teoria dos efeitos nas legislações de diversos países, foi possível criar estratégias com o objetivo de bloquear a produção de efeitos, no território nacional, de ordens prolatadas por autoridades estrangeiras através de edição de medidas legislativas, chamadas leis de bloqueio ou <<*blocking statues*>>. Nesse sentido, vários países adotaram a lei de bloqueio, nas décadas de 1970 e 1980, para inibir a excessiva extraterritorialidade do antitruste norte americano.²⁵⁷

No Brasil, por exemplo, o artigo 181, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preconiza que o atendimento de requisição de documento ou informação comercial, formulada por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, para pessoa física ou jurídica que esteja no Brasil, dependerá de autorização judicial.

As leis de bloqueio protegem a soberania nacional do país quando controla as informações e documentos existentes em seu território, como também, tutela os interesses e os direitos comerciais do Estado e de seus cidadãos, pois a execução de sentenças estrangeiras, nem sempre, prima por aqueles direitos e valores.²⁵⁸

Por essas razões, no âmbito internacional, as empresas acabam se submetendo a várias jurisdições. Dessa forma, muitas vezes, as empresas devem se submeter pedidos de aprovação em várias jurisdições, citando, por exemplo, que uma empresa brasileira que adquire o controle de outra, nos Estados Unidos, e esta, por sua vez, possui ativos de vários países da União Europeia, provavelmente, esta operação de concentração se submeterá à aprovação pelas autoridades da concorrência brasileira e estadunidense e, ainda, pela Comissão da União Europeia.²⁵⁹

Pelos fundamentos apresentados, a aplicação da extraterritorialidade do direito da defesa da concorrência nacional é uma medida extremamente unilateral que, apenas, leva em

²⁵⁶ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 449-454

²⁵⁷ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência**. p. 78

²⁵⁸ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 455

²⁵⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 459

consideração o mercado nacional, citando, por exemplo, os cartéis de exportação, já analisados anteriormente, que é uma das espécies dos cartéis internacionais. Ou seja, a extraterritorialidade que serve para proteger o mercado nacional contra práticas anticoncorrenciais estrangeiras, pode, também, servir para proteger empresas nacionais no mercado internacional. Cita-se, por exemplo, o caso dos Estados Unidos que adota a extraterritorialidade, mas recusa em aceitar de outros Estados a adoção de medidas idênticas as suas, negando-se, dessa forma, o princípio da reciprocidade.²⁶⁰

Os efeitos negativos provocados pela extraterritorialidade da defesa da concorrência nacional, através da teoria dos efeitos, podem ser reduzidos e aceitos, em parte, pelos Estados alcançados por esta teoria se for adotada a doutrina da cortesia. Por óbvio, a adoção da doutrina da cortesia pode dar melhor eficácia da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional, especialmente, no combate aos cartéis internacionais.

Com o objetivo de minimizar a problemática apresentada, os mecanismos bilaterais de cooperação bilateral na repressão de condutas anticoncorrenciais em âmbito internacional, especialmente, dos cartéis internacionais se tornam importantes. Uma maior aproximação das autoridades da concorrência pode representar maior eficiência na persecução de condutas anticompetitivas, especialmente, em contextos mais sofisticados e complexos.²⁶¹

Apesar dos Estados Unidos possuírem Lei de Defesa da Concorrência que prevê a extraterritorialidade dos efeitos, permitindo, dessa forma, o alcance de suas decisões no âmbito internacional, a citada Autora informa que os Estados Unidos assumem uma posição de destaque em celebrações de acordos bilaterais. A Autora informa, ainda, que, no caso da IBM, dentre outros, referentes ao setor da informática, que envolviam questões de patentes e de propriedade industrial. Os Estados Unidos enfrentaram aquelas questões, adotando uma postura de diálogo no que tangia às questões concorrenciais.

Além dos fundamentos deduzidos, a adoção da postura bilateral, para o enfrentamento das complexas questões da defesa da concorrência em âmbito externo, especialmente, no combate aos cartéis internacionais, pode dar maior efetividade à persecução das condutas anticoncorrenciais, pois a colaboração entre as diversas autoridades da concorrência que foram atingidas por tais condutas possibilitam aumentar os elementos probatórios, reduzir dos tempos e, ainda, efetiva punição dos envolvidos, com custos mais reduzidos das investigação.

²⁶⁰ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 79

²⁶¹ SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. p. 155

Os acordos bilaterais na defesa da concorrência podem ser firmados entre Estados ou por blocos econômicos ou, ainda, por organismos internacionais. Os acordos de primeira geração e de segunda geração. Os de primeira geração caracterizam pelo estabelecimento de regras formais de notificação de condutas anticoncorrenciais e, ainda, intercâmbio de informações nos quais são seguidos os princípios da cortesia internacional. Os de segunda geração possuem objetivos mais intensos na cooperação entre as autoridades da concorrência. Nesta espécie de acordos bilaterais, permite-se, por exemplo, obtenção de provas em outros Estados envolvidos que seria legalmente impossível se tais instrumentos não existissem. Foi através desta espécie de acordo que os Estados Unidos e Canadá conseguiram êxito em investigação do cartel internacional que visava a fixação de preços de papel de fax, formado pela *Mitsubishi Corporation*, *Kanzaki Speciality Papers Inc.* e *Mitsubishi International Corporation*, em 1997.²⁶²

As questões que envolvem acordos bilaterais, bem como, princípios da cortesia internacional, apesar de empolgantes, não serão aprofundados no presente trabalho por escapar de seu escopo.

Apesar das vantagens que os acordos bilaterais podem trazer na persecução de condutas anticompetitivas, existem muitas críticas na utilização de tais acordos por considerarem pouco efetivos e meramente performativos. Ou seja, conforme Karla Santos, existem autores que sustentam que os acordos bilaterais, ao invés de estabelecer maior aproximação entre autoridades de concorrência, pode reforçar um conteúdo unilateral, pois pode representar um processo de competição entre os sistemas de defesa da concorrência.²⁶³

Neste sentido, com o objetivo de amenizar as reações internacionais devido a aplicação unilateral da teoria dos efeitos pelos Estados Unidos, este País, através dos tribunais, passou a adotar a doutrina da cortesia - <<comity doctrine>> - com o objetivo de sopesar os diversos interesses norte americanos e dos países envolvidos para, então, decidir sobre a jurisdição extraterritorial ou não de questões relativas à concorrência. A doutrina da cortesia surgiu com o caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, em 1976. Neste caso, a Empresa *Timberlane* acusou o *Bank of America*, sua subsidiária hondurenha e outros agentes, inclusive agentes do governo de Honduras, de conspirar contra a exploração de madeira nos Estados Unidos, através de suas subsidiárias, e a exportação dos produtos para este País. No julgamento, o tribunal considerou que, para aplicação da teoria dos efeitos, a fundamentação apresentada era

²⁶² *Idem* – *Op. Cit.* p. 169-179

²⁶³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 156

incompleta, pois, para uma decisão de mérito, ter-se-ia que se fazer um exame de sorte a conciliar a teoria dos efeitos com os interesses concorrentes dos Estados estrangeiros. Com isto, a Corte estabeleceu a regra jurisdicional da razão - *jurisdictional rule of reason* -. Diante disto, a Corte norte americana, apesar de considerar que o caso sob análise se enquadrasse na teoria dos efeitos, decidiu afastar a competência dos tribunais norte americanos em face da doutrina da cortesia.²⁶⁴

Mesmo diante das vantagens apresentadas pela doutrina da cortesia com o objetivo possibilitar a aplicação da extraterritorialidade do direito antitruste nacional, através da teoria dos efeitos, ao longo do tempo, outros problemas começaram a surgir em decorrência da aplicação da doutrina da cortesia.

Com efeito, as principais dificuldades na aplicação da doutrina da cortesia residem, justamente, em o Judiciário assumir e realizar atividades que não são de sua vocação, tais como, realizar análises políticas, diplomáticas e econômicas, além de tudo isto, por inexistir um conceito consagrado que possa delimitar a citada cortesia. Diante desta problemática, nos anos 70 e 80, a jurisprudência e a doutrina se dividiram no tocante da aplicação ou não da doutrina da cortesia e sua importância para a jurisdição da extraterritorialidade dos Estados Unidos. Isto ocasionou soluções bastante diferentes. Dessa forma, no caso *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, o tribunal, considerando a doutrina da cortesia como optativa, decidiu em não aplicar a jurisdição extraterritorial. Enquanto, no caso *Hartford Fire Insurance v. California*, a Suprema Corte estadunidense se manifestou no sentido de que a doutrina da cortesia não aplicável ao caso sob análise, por não existir um verdadeiro conflito entre as leis norte americanas e as estrangeiras.²⁶⁵

Diante da problemática apresentada, Paula Forgioni apresenta proposta, baseada na doutrina norte-americana, no sentido de diminuir os conflitos de leis e de jurisdição no âmbito da defesa da concorrência.

Dessa forma, sugere-se que haja: i) a criação de uma autoridade da concorrência internacional; ii) harmonização das legislações; iii) celebração de tratados com objetivo de colaboração das autoridades da concorrência decorrentes da aplicação das leis de defesa da concorrência nacionais.²⁶⁶

²⁶⁴ GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais**: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. p. 86-87

²⁶⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 88

²⁶⁶ FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. p. 460-461

Com o objetivo de conquistar novos mercados internacionais, os Estados estão sendo mais rigorosos nas leis antitruste e, ainda, elaborando leis mais técnicas de sorte a minimizar os efeitos da política interna de cada país nas decisões da concorrência e, ainda, informa que, nos últimos anos, houve o acirramento dos trabalhos no sentido de que as legislações e suas aplicações fossem aproximadas.²⁶⁷

No que tange à colaboração entre autoridades da concorrência, de acordo com Paula Forgioni, este instrumento é eficiente, especialmente, nas hipóteses em que haja convergência de interesses comerciais dos países, citando, como exemplo, o acordo de cooperação técnica entre o Brasil e os Estados Unidos, assinado em 1999, com entrada em vigor em março 2003, que se mostrou um instrumento adequado na repressão aos cartéis internacionais.²⁶⁸

Com o objetivo de oferecer uma melhor eficiência à colaboração, conforme Paula Forgioni, existem autores que defendem a criação de órgão supranacional competente para julgamento de casos que envolvam condutas anticoncorrenciais internacionais e, ainda, para uniformizar a interpretação a serem adotadas pelos tribunais nacionais. Apesar disto, a criação de uma autoridade da concorrência supranacional pode representar eficiência quando estão envolvidos países com políticas de defesa da concorrência comuns como se sucede, por exemplo, nos países da União Europeia. Por outro lado, poderia ser desaconselhável para países com menor grau de desenvolvimento que poderia gerar a intromissão na política interna de um país pela adoção do modelo estrangeiro, especialmente, quando fossem submetidos os tribunais nacionais às jurisprudências determinadas por outra autoridade.²⁶⁹

Após análise, neste Capítulo, das principais questões que envolvem, especialmente, os cartéis internacionais e, ainda, após, análise dos principais instrumentos jurídicos que se encontram disponíveis nos países desenvolvidos para a repressão daqueles cartéis, poder-se-á chegar a importantes conclusões quanto a defesa da concorrência, especialmente, em uma visão Brasil – Portugal, levando-se em consideração os blocos econômicos do Mercosul e da União Europeia.

²⁶⁷ *Idem – Op. Cit.* p. 461

²⁶⁸ *Idem - Ibidem*

²⁶⁹ *Idem – Op. Cit.* p. 462-463

CONCLUSÃO

Após as investigações procedidas ao longo dessa dissertação, poder-se-á chegar a importantes conclusões com relação a atual defesa da concorrência da maioria dos países, especialmente, diante da análise crítica dos atuais direitos da concorrência de Portugal e do Brasil, levando-se em conta a influência da União Europeia e do Mercosul, respectivamente. Portanto, algumas questões importantes inerentes à defesa da concorrência serão aqui concluídas. As análises serão sobre aquelas condutas nocivas que interessam as mencionadas legislações.

Alias, a importância da defesa da concorrência começou ganhar relevo quando começou a tornar visível a mudança do perfil do mercado, no início do Século XX, quando os agentes econômicos, com os seus novos perfis, devido as primeiras revoluções industriais, tiveram que impor a massificação da produção industrial, da generalização da utilização da mão de obra assalariada e a necessidade de concentração de capitais. Esta mudança do perfil do mercado acarretou o seu afastamento dos pressupostos do modelo liberal clássico, propiciando que agentes econômicos pudessem introduzir distorções na concorrência. Devido a este facto, com o afastamento da concorrência pura, nasce a necessidade da regulação estatal para defesa da concorrência.

Atualmente, a preocupação com a defesa da concorrência de muitos países tem aumentado bastante, especialmente, devido aos efeitos da globalização e dos desenvolvimentos desenfreados da tecnologia, da informática, dos transportes, das telecomunicações, dentre outros, que possibilitam a expansão do mercado internacional, sem mais reconhecer as restrições das fronteiras nacionais, além de impor novas condutas e estruturas empresariais que podem causar graves distorções no mercado com prejuízo da maioria dos agentes econômicos, especialmente, os consumidores. Tal fenómeno se acirrou a partir dos anos 90, do Século XX, com aumento considerável da circulação internacional de bens, serviços e capitais e a dependência econômica entre os países, o que proporcionou a expansão do mercado internacional.

De início, observa-se que, apesar das diferenças existentes entre as legislações de defesa da concorrência de Portugal, da União Europeia e do Brasil, as mencionadas legislações seguem os mesmos princípios e consideram, como condutas anticoncorrenciais, comportamentos similares. Aliás, tal assertiva foi demonstrada ao longo da presente dissertação. O mesmo se

sucedem quando se leva em consideração, também, as legislações da União Europeia e do Mercosul relativas à defesa da concorrência.

Pela análise procedida no presente trabalho, pode-se observar que os princípios e as condutas consideradas como anticoncorrenciais contidas na defesa da concorrência da União Europeia, em Portugal e no Brasil são bastante similares. Aliás, tal facto, em regra, é bastante positivo se for levado em consideração que a repressão às condutas anticoncorrenciais internacionais adotada pelos Estados atingidos deve possuir, em regra, um mesmo padrão de penalização, pois seria, no tratamento isonômico, que se poderia desestimular aquelas condutas.

Diante da mencionada assertiva, pode-se, de início, verificar que a questão trazida pela jurisprudência norte americana da regra da razoabilidade ou regra da razão, mitigando a chamada ilicitude *per se*, da Lei *Sherman*, seria de suma importância, mesmo nos atuais dias, diante de condutas anticoncorrenciais, especialmente, as internacionais.

De acordo com Fernando Aguillar, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1911, no julgamento do caso *Standard Oil Co. v. United States*, introduziu, na jurisprudência norte americana, a chamada regra da razão ou regra da razoabilidade, relativizando as ilicitudes *per se*.

Com efeito, uma mesma conduta anticoncorrencial, *e.g.*, cartel internacional, que atinja vários Estados, espera-se que haja repressões semelhantes diante da legislação nacional de cada Estado atingido. Entretanto, uma mesma conduta pode se enquadrar como uma ilicitude *per se* para determinado Estado e, para outro Estado, ser permitida a regra da razoabilidade ou regra da razão em que haveria a possibilidade da ponderação entre os benefícios e os malefícios que poderiam proporcionar ao mercado, com a possibilidade dessa conduta ser, eventualmente, válida. Isto certamente poderia acarretar insegurança jurídica diante de determinadas condutas que poderiam ser consideradas ilegais diante da legislação de alguns Estados e, para outras legislações, válidas diante do princípio da isenção.

Cabe ressaltar que a doutrina não é unânime em afirmar quais seriam as condutas que se submetem ao critério da ilicitude *per se* ou, apenas, ao critério da regra da razão. A ilicitude *per se* importa em condutas anticoncorrenciais que, de plano, já são consideradas como nocivas para o mercado, enquanto outras condutas anticoncorrenciais poderiam ser submetidas ao crivo da regra da razão para que se pudesse verificar se tais condutas poderiam trazer algum benefício para a concorrência. Diante deste conceito, a doutrina vem afirmando que, diante do abuso de direito, não há que se falar em regra da razão, tendo em vista que o próprio conceito de abuso já não poderia trazer qualquer benefício para a concorrência. É a hipótese das condutas anticoncorrenciais enquadradas, *e.g.*, como abuso do poder econômico.

Com efeito, para Fernando Aguillar, a atual legislação de defesa da concorrência brasileira adotou, expressamente, a ilicitude *per se* que está prevista nas condutas discriminadas nos incisos II e IV, que se referem ao abuso do poder econômico, do artigo 36. No mesmo sentido, Marcelo Guimarães afirma existir a ilicitude *per se* na legislação brasileira, informando que a própria jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – considera ilicitude *per se*, especialmente, os cartéis *hard core*. Entretanto, em sentido contrário, Paula Forgioni afirma que não existe a ilicitude *per se*, na legislação brasileira, tendo em vista que as condutas previstas no §3.º, do artigo 36, para serem declaradas ilícitas, deverão ser comprovados os seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo *caput*, do artigo 36.

Para António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Marques, o direito da concorrência da União Europeia e de Portugal adota condutas anticoncorrenciais enquadradas na ilicitude *per se*, bem como, condutas anticoncorrenciais que devem passar sob o crivo da regra da razão. Para Marcelo Guimarães, a União Europeia teria adotada a ilicitude *per se* pelo facto de ter sido adotada a ilicitude pelo objeto, na defesa da concorrência, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), muito embora, o artigo 101.º, n.º 3, do citado Tratado, preveja a possibilidade de isenção das condutas anticoncorrenciais diante dos benefícios que possam trazer ao mercado. Diante deste facto, por outro lado, existem autores que sustentam que o sistema antitruste europeu teria adotado o conceito da regra da razão.

Cabe aqui uma observação, tendo em vista que as condutas anticoncorrenciais previstas no artigo 102.º, do mencionado Tratado, parecem tratar de ilicitude *per se* pelo facto deste artigo não prevê a aplicação do critério da regra da razão por não trazer qualquer possibilidade de melhora da produção ou distribuição ou qualquer outra vantagem que possa introduzir no mercado.

António dos Santos, Maria Gonçalves e Maria Marques informam, ainda, que, ao ser analisados os artigos 11.º e 12.º, da Lei 19/2012, de Portugal, este País, também, adotou a ilicitude *per se* e a regra da razão no direito de defesa da concorrência.

A situação apresentada fica ainda mais complexa diante de determinados Estados que não se submetem a órgãos supranacionais, dentro dos seus respectivos blocos econômicos, como é a hipótese brasileira. Com efeito, o Brasil pertence ao Mercosul que possui uma estrutura orgânica intergovernamental, não possuindo, portanto, órgãos supranacionais, em que os governos negociam entre si e as decisões desse bloco econômico são sempre por consenso. Desse modo, as decisões tomadas pelo Mercosul resultam, sempre, de decisões negociadas

entre os governos dos Estados Partes. As normas do Mercosul não têm aplicação diretamente em seus países membros, sendo que estes devem se comprometer em adotar medidas para incorporação daquelas normas aos seus ordenamentos jurídicos nacionais. Ou seja, as normas de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul devem ser, necessariamente, incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado Parte para que possam ser obrigatórias.

Dessa forma, conforme já analisado ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro já incorporou as normas de defesa da concorrência do âmbito do Mercosul.

Além disso, apesar de ter havido significativa evolução nos procedimentos do Tribunal Arbitral do Mercosul para solucionar conflitos existentes entre os seus Estados Partes, de acordo com Fernando Aguillar, estes preferem resolver seus conflitos através de outros foros internacionais. Portanto, em face da atuação bastante tímida daquele Tribunal devido a baixa procura dos Estados Partes para resolver suas divergências, o Tribunal não possui jurisprudência firme capaz de nortear as soluções de eventuais controvérsias bem como uniformizar condutas no âmbito do Mercosul.

As normas do Mercosul não possuem supremacia em relação às normas nacionais de seus Estados Partes mesmo diante de determinados assuntos que interessem diretamente a este bloco econômico. A defesa da concorrência no Mercosul é realizada através de leis nacionais dos Estados Partes, conforme previsto no atual Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul em seu artigo 3.º. Ou seja, as normas do Mercosul precisam ser internalizadas no ordenamento jurídico nacional de cada Estado Parte. Pela definição legal da competência da concorrência no âmbito do Mercosul, observa-se que toda competência se concentra, exclusivamente, nas mãos dos Estados Partes, não havendo qualquer reserva a ser exercida diretamente pelo Mercosul.

Situação diversa se verifica na União Europeia quando algumas de suas normas possuem certa supremacia sobre o ordenamento jurídico de seus Estados Membros, dentre os quais, Portugal, para determinados assuntos que interessem diretamente àquela União, nos termos do Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). E, ainda, em face das várias demandas propostas perante a Corte de Justiça da União Europeia para julgamento de questões entre cidadãos europeus e governos dos Estados Membros e, ainda, entre esses mesmos Estados Membros, a jurisprudência daquela Corte de Justiça é firme no sentido de possibilitar tratamento igual para casos semelhantes que ocorram no âmbito da União Europeia, independentemente, de qual Estado Membro o facto tenha ocorrido. Ou seja, isto pode proporcionar uma redução dos casos litigiosos, em face da uniformização do direito europeu, e, ainda, permitindo uma melhor segurança nas relações jurídicas.

Apesar dos fundamentos apresentados, a problemática da repressão pelos Estados atingidos pelas condutas anticoncorrenciais internacionais ainda persistiria, especialmente, diante de Estados pertencentes a diferentes blocos econômicos. Ou seja, mesmo que houve unanimidade na doutrina na identificação das legislações e das condutas que adotassem a ilicitude *per se* ou a regra da razão ou o sistema híbrido e, ainda, mesmo que pudesse haver jurisprudência firme no âmbito de cada bloco econômico, ainda assim, persistiria a problemática para solução homogênea das condutas anticoncorrenciais internacionais através da legislação interna de defesa da concorrência de cada Estado pelas razões descritas a seguir.

Existem algumas condutas anticoncorrenciais que podem produzir efeitos nocivos em vários países, simultaneamente, *e.g.*, cartéis internacionais, que devem ser reprimidas e decididas pelas diversas autoridades de concorrência, unilateralmente, baseadas no direito nacional, conforme práticas sedimentadas em suas tradições jurídicas. Apesar de poder existir alguns pontos em comum entre as legislações nacionais o que seria, em um primeiro momento, mais eficaz para repressão de condutas anticoncorrenciais internacionais, tem-se que se levar em consideração que tais condutas poderiam impor efeitos diversos em cada um dos Estados atingidos e, ainda, que as respectivas autoridades de concorrência poderiam encarar a gravidade das condutas de modo diferente.

Na repressão às condutas anticoncorrenciais, em especial, aos cartéis internacionais, muitos países vêm aplicando à sua legislação de defesa da concorrência o princípio da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional. Marcelo Guimarães informa que os Estados Unidos foram os pioneiros na utilização do mencionado princípio e que tal princípio se consagrou, em 1945, diante do caso *United States v. Aluminium Corp. of American (Alcoa)*.

O princípio da extraterritorialidade às leis de defesa da concorrência nacionais visa oferecer maior efetividade ao combate as condutas anticoncorrenciais internacionais por alcançar empresas e agentes econômicos envolvidos em condutas ilícitas situados fora dos limites territoriais daquele Estado que proferiu a decisão desde que aquelas condutas nocivas produzam seus efeitos naquele Estado. Portanto, o princípio da extraterritorialidade não seria aplicado se os efeitos das condutas anticoncorrenciais não pudessem produzir os seus efeitos, nem que reflexamente, no Estado sancionador. A aplicação deste princípio se fez necessário para dar maior efetividade ao combate as condutas anticoncorrenciais devido a globalização dos mercados e, ainda, devido a sofisticação daquelas condutas.

Cabe informar que o princípio da territorialidade é a regra que decorre do próprio princípio de direito internacional que prevê que os Estados são independentes e autônomos entre si e, portanto, devem exercer sua jurisdição dentro dos seus limites territoriais. Dessa

forma, condutas anticoncorrenciais ocorridas nos limites territoriais de um Estado devem ser reprimidas pela legislação de defesa da concorrência desse mesmo Estado em face de sua soberania que deve ser exercida sobre o seu próprio território.

Marcelo Guimarães observa que o princípio da extraterritorialidade do direito da concorrência nacional está fundamentado na teoria dos efeitos que está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos ao longo da segunda metade do Século XX.

Com efeito, a teoria dos efeitos, conforme já analisada, está, expressamente, prevista no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE); no artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, Lei da Concorrência portuguesa; e nos artigos 2.º e 36, da Lei n.º 12.529/2011, Lei da Concorrência brasileira.

Apesar das vantagens apresentadas na aplicação do princípio da extraterritorialidade no direito da concorrência nacional, Marcelo Guimarães apresenta alguns óbices que devem ser observados. Com efeito, este princípio poderia violar os princípios da soberania e da proibição da interferência de um Estado nas questões internas dos demais Estados e, ainda, poderia impor uma decisão resultante do julgamento de conduta anticompetitiva para outros Estados cujos ordenamentos jurídicos não possuíssem compatibilidade com o direito da concorrência nacional daquele Estado.

Com relação ao assunto em voga, Paula Forgioni informa que, devido a agressiva extraterritorialidade das leis de defesa da concorrência dos Estados Unidos, ocorreram conflitos e desgastes em suas relações comerciais internacionais. Dessa forma, aquela Autora, com razão, defende que a aplicação do princípio da extraterritorialidade do direito de defesa da concorrência nacional deve sofrer restrição em face da soberania de outros países.

No mesmo sentido, Marcelo Guimarães considera que a extraterritorialidade do direito da defesa da concorrência nacional é uma medida unilateral que leva apenas o mercado nacional em consideração. Ou seja, a extraterritorialidade serve apenas para proteger o mercado nacional contra práticas anticoncorrenciais estrangeiras, podendo inclusive proteger empresas nacionais no mercado internacional como, por exemplo, nas hipóteses de cartéis de exportação.

Como medida de inibição da expansão da teoria dos efeitos nas legislações de diversos países, Marcelo Guimarães informa que a estratégia foi a edição de medidas legislativas, chamadas leis de bloqueio ou *blocking statues*. Esta foi, portanto, a estratégia adotada por vários países, nas décadas de 1970 e 1980, para inibir, também, a excessiva extraterritorialidade do antitruste norte americano.

No Brasil, por exemplo, o artigo 181, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preconiza que o atendimento de requisição de documentos ou informação comercial,

formulada por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, para pessoa física ou jurídica que esteja no Brasil, dependerá de autorização judicial.

Neste sentido, Paula Forgioni considera que as leis de bloqueio protegem a soberania nacional do Estado quando controla as informações e documentos existentes em território nacional, além de proteger os interesses e os direitos comerciais do Estado e de seus cidadãos.

Com o propósito de minimizar os efeitos negativos provocados pela extraterritorialidade, houve a adoção de acordos bilaterais em muitos países, em especial, nos Estados Unidos. Para Karla Martins Santos, os Estados Unidos assumem uma posição de destaque em celebrações de acordos bilaterais. Tais acordos servem para dar melhor efetividade ao enfrentamento das questões complexas de defesa da concorrência em âmbito externo, pois haveria melhor colaboração entre as diversas autoridades da concorrência que foram atingidas pelas condutas anticoncorrenciais, possibilitando, desta forma, a obtenção de maior quantidade de elementos probatórios, redução dos tempos e dos custos de investigação, com a efetiva punição dos envolvidos.

Os acordos bilaterais na defesa da concorrência podem ser firmados por Estados, por blocos econômicos ou, ainda, por organismos internacionais. Para Karla Martins Santos, dependendo do nível de cooperação entre as autoridades da concorrência, os mencionados acordos poderão ser de primeira ou de segunda geração.

Os acordos de primeira geração estabelecem, em regra, normas formais de notificação das condutas anticompetitivas e, ainda, de intercâmbio de informação, seguindo a regra da cortesia. Os acordos de segunda geração possuem nível de cooperação mais intenso entre as autoridades da concorrência, permitindo, por exemplo, obtenção de provas das condutas anticompetitivas de outros Estados que poderia ser impossível se não houvesse aqueles instrumentos jurídicos.

Conforme noticiado por Karla Martins Santos, foi através de acordo bilateral de segunda geração que os Estados Unidos e o Canadá conseguiram êxito na investigação do cartel internacional que objetivava a fixação de preços de papel de fax, formado pela *Mitsubishi Corporation, Kanzaki Speciality Papers Inc. e Mitsubishi International Corporation*, em 1997.

Apesar das vantagens dos acordos bilaterais na investigação e repressão às condutas anticompetitivas, existem autores que afirmam que tais instrumentos jurídicos são poucos efetivos, sustentando que eles podem reforçar um conteúdo unilateral e, ainda, representar um processo de competição entre os sistemas de defesa da concorrência.

Como outro instrumento jurídico a serviço da defesa da concorrência, tem-se as regras da cortesia que podem ser adotadas nos acordos bilaterais e, ainda, para minimização das reações

adversas internacionais na aplicação do princípio da extraterritorialidade do direito de defesa da concorrência nacional.

Marcelo Guimarães informa que, em face das reações internacionais devido a aplicação unilateral da teoria da extraterritorialidade do direito norte americano, os tribunais estadunidenses passaram a adotar a doutrina da cortesia, sopesando os interesses dos norte americanos e dos países envolvidos. A doutrina da cortesia surgiu com o caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of American*, em 1976. Neste julgamento, o tribunal considerou que, para aplicação da teoria dos efeitos, ou seja, para dar extraterritorialidade ao direito norte americano, dever-se-ia fazer análise de mérito mais aprofundada de sorte a conciliar a teoria dos efeitos com os interesses concorrentes dos Estados estrangeiros. Portanto, diante daquele caso, apesar de se enquadrar na teoria dos efeitos, a Corte norte americana afastou a competência dos tribunais estadunidenses em face da doutrina da cortesia.

Em que pese a aparente vantagem da doutrina da cortesia na defesa da concorrência, a principal dificuldade na aplicação dessa doutrina reside, justamente, em o Judiciário assumir e realizar atividades que não são de sua vocação, especialmente, realizando análises políticas, diplomáticas e econômicas.

Além da mencionada dificuldade, Marcelo Guimarães a complementa, informando que inexistente um conceito consagrado que possa delimitar a citada cortesia. Isto pode oferecer um poder discricionário bastante amplo aos tribunais, podendo gerar insegurança jurídica em julgamentos para casos similares.

Com efeito, o citado Autor informa, ainda, que, nos anos 70 e 80, a jurisprudência e a doutrina se dividiram no que tange à aplicação ou não da doutrina da cortesia. Dessa forma, no caso *Laker Airways v. Sabena, Belgina World Airlines*, o tribunal norte americano, considerando a doutrina da cortesia como optativa, decidiu em não aplicar a jurisdição extraterritorial. Entretanto, no caso *Hartford Fire Insurance v. California*, a Suprema Corte estadunidense se manifestou no sentido de que a doutrina da cortesia não seria aplicável ao caso sob análise, por não existir um verdadeiro conflito entre as leis norte americanas e as estrangeiras.

Além dos instrumentos já analisados, existem vários outros que buscam dar mais efetividade na investigação e na repressão das condutas anticompetitivas internacionais. Dentre esses instrumentos, pode-se citar os modernos programas de leniência que são adotados em vários países e que serão concluídos abaixo.

Levando-se em conta que as empresas e agentes econômicos que praticam condutas anticoncorrenciais, tais como, cartéis internacionais, têm deixado menos rastros probatórios

hábeis para comprovar tais condutas porque os citados rastros probatórios não estão concentrados em um determinado Estado e sim, espalhados por diversos Estados e são elaborados com uso da tecnologia com vistas a reduzir o risco de serem identificados, tais como, videoconferências, técnicas de criptografia, e-mails anônimos, dentre outros meios, torna-se importante o desenvolvimento de programas de leniência. Por estas razões e, ainda, por vezes, pela dificuldade de colaboração das demais autoridades de concorrências por encararem de modo diferente os efeitos das condutas anticoncorrenciais e, ainda, devido a impeditivos legais da legislação nacional, a reunião do conjunto probatório para instrução da investigação da existência da conduta e de sua autoria torna-se, por vezes, muito difícil, podendo levar os acusados à absolvição.

Diante disto, Marcelo Guimarães afirma que a dificuldade em se obter provas da existência das condutas anticoncorrenciais internacionais, especialmente, cartéis internacionais, pode ser minimizada diante do programa de leniência que possibilita a produção de provas com o objetivo de reprimir tais condutas e buscar a condenação dos envolvidos. Ou seja, o programa de leniência é um dos instrumentos jurídicos que pode oferecer maior efetividade na repressão de condutas anticoncorrenciais mais complexas por possibilitar a obtenção de provas da existência de tais condutas, em especial, dos cartéis internacionais.

Marcelo Guimarães informa, ainda, que, atualmente, o programa de leniência é utilizado em vários países, dentre os quais, o Reino Unido, Portugal, a Argentina e o Brasil. Dessa forma, o Capítulo VII, nos artigos 86 e 87, da atual Lei de Defesa da Concorrência brasileira, Lei n.º 12.529/2011, regulamenta o Programa de Leniência. Da mesma forma, o Capítulo VIII, nos artigos 75.º ao 82.º, da atual Lei de Defesa da Concorrência portuguesa, Lei n.º 19/2012, regulamenta o instituto da leniência.

Por tudo, observa-se que realizar a defesa da concorrência, especialmente, diante de condutas anticoncorrenciais internacionais não é tarefa fácil. Mesmo que as legislações de defesa da concorrência nacionais sigam a mesma filosofia jurídica e tenham os mesmos princípios constitucionais e legais, como é o exemplo, das legislações portuguesa e brasileira, elas não se bastarão para garantir plena efetividade na defesa da concorrência, especialmente, diante de condutas anticoncorrenciais como é a hipótese dos cartéis internacionais.

De acordo com os efeitos da conduta anticoncorrencial produzidos em cada Estado atingido e, ainda, dependendo da natureza dessa conduta, as autoridades da concorrência dos Estados atingidos poderão decidir de forma diversa entre si.

A própria possibilidade de determinadas condutas poderem ser encaradas como ilicitude *per se* ou, ainda, poderem ser submetidas a regra da razão poderia resultar em decisões

diferentes, para uma mesma conduta, pelas diversas autoridades de concorrência dos Estados atingidos. As mencionadas decisões, também, dependerão do ordenamento e da cultura jurídica de cada um dos Estados.

Diante da problemática mencionada, em muitos países, foi adotado o princípio da extraterritorialidade ao direito de defesa da concorrência nacional ao ser prevista na legislação a teoria dos efeitos. Tal teoria se verifica nas legislações de Portugal, da União Europeia e do Brasil.

Apesar de a extraterritorialidade possuir benefícios na defesa da concorrência, este princípio, também, traz desvantagens, especialmente, por impor a soberania de um Estado sobre o outro. Para minimizar tal situação, alguns países, através de medida legislativa das chamadas leis de bloqueio, criam mecanismos de inibição da expansão da teoria dos efeitos nas legislações de diversos países. Pode-se considerar incluída neste conceito o artigo 181, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diante da análise realizada, observa-se a necessidade do surgimento de novos instrumentos jurídicos a serem utilizados em harmonia com a legislação de defesa da concorrência de sorte a dar melhor efetividade no combate as condutas anticompetitivas, como por exemplo, os cartéis internacionais. Estes novos instrumentos jurídicos, também, melhoram a efetividade das legislações nacionais pelo fato de dar maior celeridade aos processos de apuração das responsabilidades e da real punição dos envolvidos e, ainda, na busca internacional do acervo probatório para que possa oferecer uma decisão mais segura, mais barata e mais célere daqueles processos. Nesse contexto, pode-se citar a regra de cortesia, os acordos bilaterais, os programas de leniência, dentre outros, conforme já analisados no bojo desta dissertação.

Cabe, ainda, acrescentar que a existência de uma autoridade da concorrência, exercida por órgãos supranacionais, conforme já analisado no bojo deste trabalho, colaboraria, em muito, para consolidar a jurisprudência e reduzir os conflitos relativos à defesa da concorrência, especialmente, diante dos Estados Membros de cada bloco econômico, permitindo um mercado mais seguro para os países envolvidos.

REFERÊNCIAS

1. Bibliografia

- AGUILLAR, Fernando Herren – **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 5.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 978859700506-6.
- BAGNOLI, Vicente – **Introdução ao direito da concorrência:** Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA – São Paulo: Editora Singular, 2005. ISBN: 858662623-6.
- BERUMEN, Sergio A. – La política de la competencia en nuestros vecinos más cercanos: Francia y Portugal. In **La política de la competencia en Europa.** Sergio A. Berumen (Coord.). Madrid: Esic Editorial, 2009. ISBN: 978847356621-6.
- BRUM, Argemiro Luís; PETRY, Débora Cristina; ZINGLER, Karine Daiane – **A ampliação do Mercosul e as negociações bilaterais com a União Europeia.** Ijuí: Unijuí, 2011. ISBN: 978857429971-6.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7.^o ed. 13.^o reimp. Coimbra: Edições Almedina. ISBN: 978972402106-5.
- FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste.** 9.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978852037020-9.
- GOMES, José Luís Caramelo – **Lições de Direito da Concorrência.** Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 978972404354-8.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito da União:** história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN: 978972407658-4.
- GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 14.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN: 978853920022-1.
- GUIMARÃES, Marcelo Cesar – **Cartéis internacionais:** desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. Curitiba: Juruá, 2017. ISBN: 978853627211-5.
- MESA, Juan Ignacio Signes de; TORRES, Isabel Fernández; NAHARRO, Mónica Fuentes – **Derecho de la competencia.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013. ISBN: 978844704138-1.

PEREIRA, António Pinto – **Direito da União Europeia**: o sistema institucional. Lisboa: Escolar Editora, 2016. ISBN: 978972592500-3.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – **Direito Económico**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978972405536-7.

SANTOS, Karla Margarida Martins – **Cartéis transnacionais**: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN: 978853626137-9.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coord.) – Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União. In **Mercado Interno e Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978972406143-6.

2. Fontes documentais

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA [Em linha]. [Consult. 20 Mai. 2020]. Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx

COMPETITION European Commission [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html

COMPETITION European Commission [Em linha]. [Consult. 9 Jun. 2020]. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa (Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto). 3.^a ed. Lisboa: Quid Juris? 2015. ISBN: 978972724720-2.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934) [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937 [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946) [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1967 [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/Constituicao/constituicao67.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969) [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 30 Jun. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CVRIA – Tribunal de Justiça da União Europeia - Jurisprudência [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juis/recherche.js?language=pt>

DECRETO n.º 1.901, de 09 de Maio de 1996 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm

DECRETO n.º 3.602, de 18 de Setembro de 2000 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3602.htm

DECRETO n.º 4.982, de 9 de Fevereiro de 2004 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Decreto/D4982.htm

DECRETO n.º 8.338, de 13 de Novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8338.htm

LEI n.º 12.529, de 30 de Novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 5 JUL. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

LEI n.º 9.279, de 14 de Maio de 1996 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm

LEI n.º 8.884, de 11 de Junho de 1994 [Em linha]. [Consult. 5 JUL. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm

LEI n.º 8.137, de 27 de Dezembro de 1990 [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm

LEI n.º 19/2012. **Diário da República 1.ª Série**, N.º 89 (08-05-2012), p. 2404-2427.

RESUMO da Decisão da Comissão. **Jornal Oficial da União Europeia.** (17.4.2018), p. C 135/5 – C 135/9

THE ANTITRUST ECONOMICS OF TYING: a farewell to per se illegality [Em linha]. [Consult. 16 mar. 2020]. Disponível em https://www.justice.gov/sites/default/atr/legacy/2006/11/13/2019224_b.pdf

TRATADO Sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia.** (26-10-2012), p. C 326/47-C 326/390.

TRATADO da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia.** (7-6-2016), p. C 202/13-C 202/45.